

*Tendenzen zur Erweiterung des Vermögens-
begriffs beim Betrug*

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

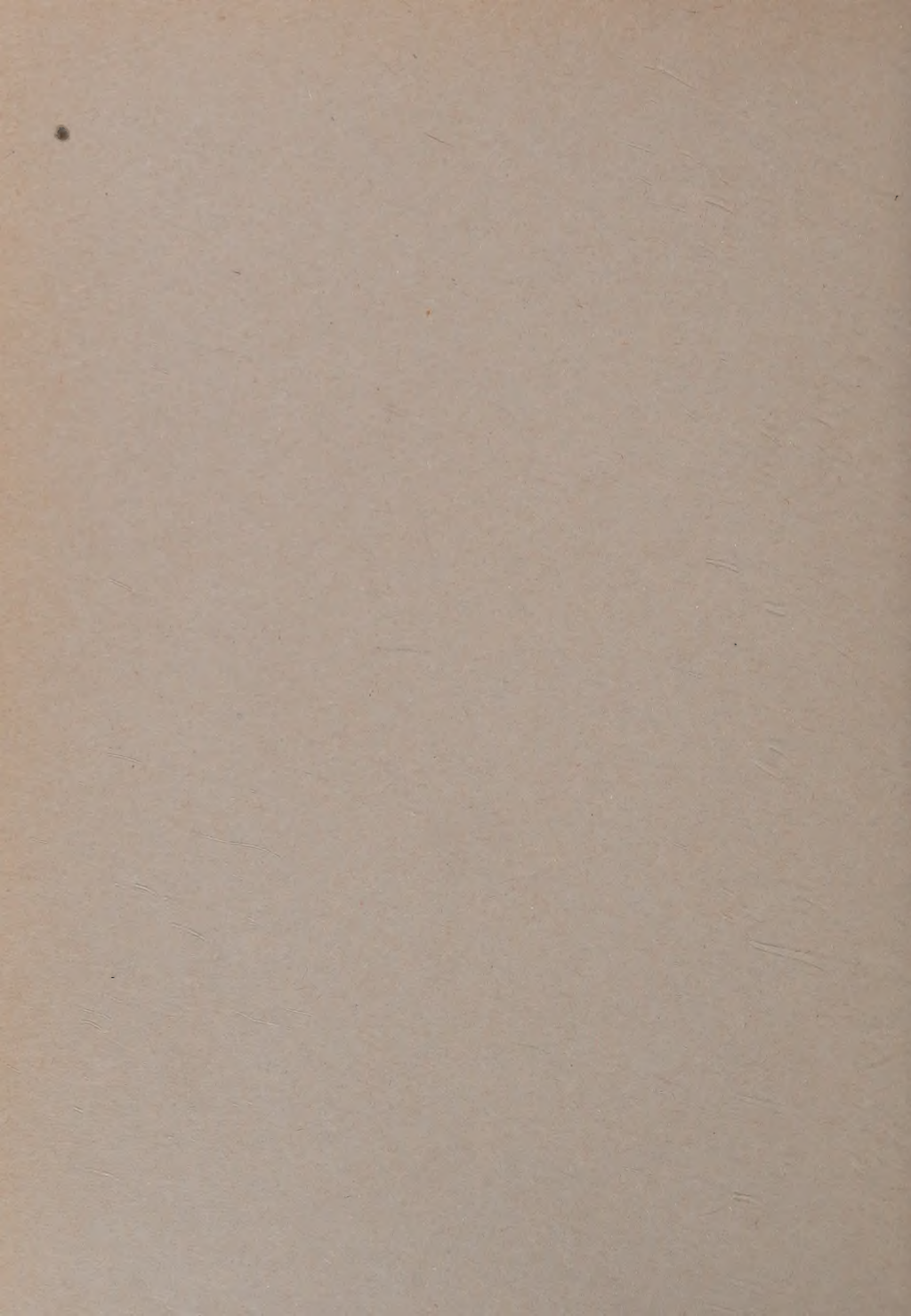
der

JOHANNES GUTENBERG - UNIVERSITÄT in MAINZ

von

Karlheinz Gemmer aus Wiesbaden

1964



*Tendenzen zur Erweiterung des Vermögens-
begriffs beim Betrug*

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

JOHANNES GUTENBERG - UNIVERSITÄT in MAINZ

von

Karlheinz Gemmer aus Wiesbaden

1964

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Peter Noll

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Dietrich Lang - Hinrichsen

Mündliche Prüfung : 25. Mai 1964



Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis	Seite IV
Abkürzungsverzeichnis	XI

- . -

A <u>Einleitung</u>	1
I. Anzeichen in Praxis und Lehre für eine Entmaterialisierung der wirtschaftlichen Vermögens- theorie	1
1. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes	2
a) Vermögensschaden durch Beeinträchtigung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit	2
b) Anstellungsbetrug trotz befriedigender Dienstleistungen	4
2. Bestrebungen in der neueren Literatur, durch individuellere Gestaltung des Vermögens- und Schadensbegriffs die Betrugsanwendung zu erweitern	5
II. Nähere Bestimmung und Abgrenzung des Gegenstandes der Untersuchung	8
III. Die Folgen einer Überdehnung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs	10
 B <u>Die Entwicklung des Betrugsstrafrechts unter besonderer Berücksichtigung ihrer Ergiebigkeit zur Begründung der aufgezeigten Ausweitungstendenzen</u>	 12
I. Rechtshistorische Entwicklung des Betruges	12
II. Die Theorien zum strafrechtlichen Vermögensbegriff	16
1. Die Lehre vom juristischen Vermögensbegriff	16
2. Die Lehre vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff	20
III. Entwicklung des Vermögensbegriffs in der Strafrechtslehre	24
IV. Die Judikatur zum strafrechtlichen Vermögensbegriff	27
1. Rechtsprechung des Reichsgerichts	27
a) Zugehörigkeit zum Vermögen	27
aa) Anwartschaften	27
bb) Besitz	28
cc) klaglose Forderungen	29
dd) rechts- oder sittenwidrig erworbene Gegenstände	29

	Seite
b) Ermittlung einer Vermögensbeschädigung	30
aa) Grundsätze der Schadensberechnung	30
bb) Vermögensbeschädigung im Grenzbereich wirtschaftlicher Faßbarkeit	31
2. Verwertbarkeit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung für die Begründung eines erweiterten strafrechtlichen Vermögensbegriffs	36
3. Die neue höchstgerichtliche Judikatur zum Vermögensschaden beim Betrug	39
a) Fehlen zugesicherter Sacheigenschaft	40
b) gutgläubiger Erwerb des Rechtes an einer Sache	41
c) Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit	43
d) Erschleichen einer Anstellung	45
aa) Amterschleichung	45
bb) Erschleichen einer Anstellung im Privatdienst - verhältnis	46
C <u>Die wirtschaftliche Vermögensauffassung als Ausgangsposition für Ausweitungsbestrebungen</u>	48
I. Auseinandersetzung mit den beiden Grundauffassungen vom strafrechtlichen Vermögen	48
1. Rechtsdogmatische Bestimmung des maßgeblichen Vermögensbegriffs	49
2. Bestätigung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus kriminalpolitischer Sicht	56
II. Schwierigkeiten bei wirtschaftlicher Bestimmung des Betrugsschadens	58
1. Die vermögensgleiche Anwartschaft als unsicherer Wertungsfaktor	59
2. Die Problematik einer objektiv-individualisierenden Schadensermittlung	60
III. Auseinandersetzung mit den Versuchen zur Überwindung der Grenzen rein wirtschaftlicher Schadensbestimmung	63
1. Der personale Vermögensbegriff	63
2. Die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre	66
3. Der dynamische Vermögensbegriff	68
IV. Untersuchung weiterer Möglichkeiten zur begrifflichen Ausweitung der ökonomischen Auffassung vom Vermögen	73
1. Koppelung der beiden Vermögenstheorien	73
2. Die Schadensersatzregelung des Zivilrechts	74
3. Begriff und Inhalt des Vermögens aus wirtschaftswissenschaftlicher und steuerrechtlicher Sicht	77

D <u>Zusammenfassung und Anwendung des Ergebnisses zur Prüfung des Betrugsschadens bei wertgleicher Gegenleistung</u>	Seite 81
I. Ergebnis der Untersuchung	81
II. Gesamtbetrachtung des Resultats aus rechtspolitischer Sicht	81
1. Kriminalpolitische Motive für die Ausweitung des Strafschutzes	81
2. Konsequenzen einer Ausweitung des Betrugstatbestandes	84
III. Kriterien für die Annahme des Betrugsschadens bei wertgleicher Gegenleistung	88
1. Bewertung der Gegenleistung bei Kauf und Tausch	88
a) individuell-objektive Beurteilung der Brauchbarkeit	88
b) Fehlen zugesicherter Sacheigenschaften	89
c) wirtschaftlicher Minderwert bei gutgläubigem Rechtserwerb	92
d) Betrugsschaden durch übermäßiges Opfer an wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit	94
2. Bewertung der Gegenleistung des Arbeitnehmers im Dienstverhältnis	101
a) Privatdienstverhältnis	103
b) Beamtenverhältnis	106
E <u>Schlußbetrachtung</u>	111

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Ammon, Alfred Volkswirtschaftliche Grundbegriffe
und Grundprobleme, 2.Auflage 1944
- Becker, Staatsanwalt "Betrug" ohne Vermögensschaden
DR 1937, 292
- Binding, Karl Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Straf-
rechts Bes. Teil 1.Bd. 2.Aufl. 1902
- Binding, Karl Eine Revolution in der Rechtsprechung
des Reichsgerichts über den Betrug
DJZ 16. Jg. S. 553 ff
- Bockelmann, Paul Anmerkung zu RG v. 21.8.1941 (Vermögens-
schaden bei Fahrkartenbetrug) DR 1941,
2993
- Bockelmann, Paul Wandlungen in der Betrugsrechtsprechung
des Reichsgerichts, DR 1942, 1112
- Bockelmann, Paul Der Unrechtsgehalt des Betruges, Kohl-
rausch-Festschrift 1944 S. 226 ff
- Bockelmann, Paul Zum Begriff des Vermögensschadens beim
Betrug, JZ 1952, 461
- Bockelmann, Paul Anmerkung zu BGH JZ 1952, 485 (Vermö-
gensschaden auch durch Vereitelung einer
nichtigen Forderung), JZ 1952 S. 485
- Bockelmann, Paul Die Behandlung unvollkommener Verbind-
lichkeiten im Vermögensstrafrecht, Fest-
schrift für Ed. Mezger 1954 S. 363 ff
- Bockelmann, Paul Betrug trotz ausreichender Gläubiger-
sicherung, NJW 1961, 145 ff
- Bockelmann, Paul Zum Begriff des Vermögensschadens beim
Betrug, Strafrechtliche Untersuchungen,
1957, S. 229 ff
- Bockelmann, Paul Anmerkung zu BGH NJW 1961, 1934
(Spätwette)
- Bode, Hans Jürgen Zum Vermögensschaden bei der Erschlei-
chung der Zuteilung von Volkswagen -
Aktien, NJW 1963, 268

Bruns, Hans Jürgen	Die Befreiung des Strafrechts vom zivilrechtlichen Denken, Berlin 1938
Bruns, Hans Jürgen	Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrecher untereinander ? Ed. Mezger-Festschrift 1954, 335 ff
Böhler, Eugen	Grundlehren der Nationalökonomie 2. Auflage 1948
Dahm, Georg	Der Tätertyp im Strafrecht, 1940
Dalcke-Fuhrmann-Schäfer	Strafrecht und Strafverfahren 37. Auflage 1961
Diekhoff, Ludwig	Anstellungsbetrug, Der Betrieb 1961 S. 1487
Ebermayer-Lobe-Rosenberg	Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar) 6./7. Auflage 1951 und 8. Auflage 1958
Eckstein, Ernst	Streitfragen aus der Lehre vom strafbaren und straflosen Betrug GA Bd. 56, 66
Elster, Ludwig	Handwörterbuch der Volkswirtschaft 4. Auflage 3. Bd. 1933
Engelhard, Herbert	Kann Betrug begangen werden durch Vorspiegelung einer gesetzwidrigen oder unsittlichen Gegenleistung ? Diss. Heidelberg 1905
Engelhard, Herbert	Betrug durch Vorspiegelung gesetzwidriger oder unsittlicher Gegenleistungen, ZStW 33, 133
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse 15. Auflage 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I 15. Auflage 1960
Entholt, Reinhard	Sicherungsbetrug und Sicherungserpressung Diss. Göttingen 1951
Erbs, Georg	Handkommentar zur Strafprozessordnung, 1954
Eser, Albin	Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden, GA 1962, 289 ff
Frank, Reinhard	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage 1931

Franzheim, Horst	Zur Strafbarkeit des Komplizen- und Dirnenlohnbetruges - Ein Beitrag zum Be- griff des Vermögensschadens - GA 1960, 269
Gallas, Wilhelm	Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Gleispach-Fest - schrift 1936, 50 ff
Gallas, Wilhelm	Zur Frage nach dem Verletzten beim Be - trugsdelikt, ZAKDR 1940, 246
Gallas, Wilhelm	Der Betrug als Vermögensdelikt Eb.Schmidt- Festschrift 1961, 401 ff
Gerland, Heinr. Balthasar	Deutsches Reichsstrafrecht 2. Auflage 1932
Goergen, G.M.	Die Vermögensverfügung durch Unterlassen beim Betrug Diss. Mainz 1958
Grünhut, Max	Der strafrechtliche Schutz wirtschaftli- cher Interessen, RG-Festgabe V, 116 ff
Grünhut, Max	Anmerkung zu RG JW 1932, 2434 (Betrug auch bei Prellen eines anderen um die Erfül - lung rechtsunwirksamer Ansprüche)
Grünhut, Max	Zur Systematik der Vermögensdelikte SchwZStr 1934, 452 ff
Gürtner-Freisler	Das neue Strafrecht, 1936
Gutmann, Alexander	Der Vermögensschaden beim Betrug im Licht der neueren höchstrichterlichen Recht - sprechung, MDR 1963, 3 ff, 91 ff
Haftner, Ernst	Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Bes. Teil, 1. Hälfte, 1937
Hardwig, Werner	Beiträge zur Lehre vom Betrug GA 1956, 6 ff
Haupt, Wolfgang	Der Vermögensschaden beim Anstellungsbe- trug, NJW 1958, 938 ff
Henkel, Heinrich	Anmerkung zu RG ZAKDR 1939, 132 (Betrug schützt auch Treu und Glauben)
Hirschberg, Rudolf	Der Vermögensbegriff im Strafrecht 1934
Jecht, Hans	Überhöhte Preisforderungen und Betrugs- tatbestand, GA 1963, 41 ff
Just-Dahlmann, B.	Stellt Zeitschriftenwerbung unter der un- wahren Behauptung, der Werber sei Student oder Waisenkind, einen Betrug dar ? MDR 1960, 270

- Kahn, Fritz Der Vermögensbegriff bei den Vermögensdelikten des Strafgesetzbuches, Diss. Köln 1936
- Kempermann, Eugen Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges ZStW 57, 126 ff
- Klee, Karl Ist die Lieferung unwirksamer Abtreibungsmittel Betrug? DStrR 1941, 41
- Koch, Hans-Jörg Betrug und konkurrierende Straftaten bei Veräußerung gesetzwidriger Weine NJW 1960, 277
- Kohlhaas, Max Betrug durch Prellen einer Dirne JR 1954, 97
- Kohlmann, Ernst Die strafrechtliche Behandlung des Betruges, Materialien zur Strafrechtsreform, 2. Bd. S. 349 ff, 1955
- Kohlrausch, Eduard Vermögensverbrechen im Wandel der Rechtsprechung und der Gesetzgebung, Schlegelberger-Festschrift 1936, 203 ff
- Kohlrausch-Lange Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen 43. Auflage 1961
- Lang-Hinrichsen, Dietrich Anmerkung zu BGH LM Nr. 56 § 263 (Melkmaschinenfall)
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts 1. Bd. 4. A. Allgemeiner Teil 1960
- Lehmann, Werner Der Vermögensbegriff beim Betrug Diss. Leipzig 1940
- Lenckner, Theodor Anmerkung zu BGH NJW 1961, 1876 (Vermögensschaden bei Fehlen zugesicherter Sacheigenschaft) NJW 1962, 59
- Lenckner, Theodor Vertragswert und Vermögensschaden beim Betrug des Verkäufers MDR 1961, 652
- Linkhorst, Amtsgerichtsrat Wohlanständigkeit eine rein persönliche Empfindung ? DR 1939, 156
- v. Liszt-Schmidt Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 25. Auflage 1927
- Löwe-Rosenberg Kommentar zur Strafprozessordnung 20. Auflage 1. Bd. 1958
- Martin, Bundesrichter Anmerkung zu BGH LM Nr. 60, § 263 (Anstellungsbetrug)

Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil 3. Auflage 1959
Maurach, Reinhart	Die Strafrechtliche Beurteilung des unberechtigten Erwerbes von Volkswagenaktien, NJW 1961, 625 ff
Mayer, Hellmuth	Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, Mat. 1. Bd.S. 259 ff (1954)
Mayer, Hellmuth	Die Untreue, Mat. 1.Bd. S.333 ff(1954)
Merkel, Adolf	Die Lehre vom strafbaren Betrug Krim. Abhandlungen II, 1867
Meyer-Ladewig, Jens	Der Satz "nulla poena sine lege" in dogmatischer Sicht, MDR 1962,262 ff
Mezger, Edmund	Vermögensberechnung bei Sachwucher und Betrug, DR 1937, 1289
Mezger, Edmund	Bemerkungen zu RG ZAkDR 1939, 202 (Vermögensschaden bei gutgläubigem Erwerb einer unterschlagenen Sache)
Mezger, Edmund	Strafrecht, Ein Studienbuch, II Bes.Teil, 7. Auflage 1960
Mittelbach, Oberlandesgerichtsrat	Anmerkung zu BGH JR 1961,69 (Vermögensbeschädigung bei gutgläubigem Erwerb einer unterschlagenen Sache)
Müller, Rudolf	Der widerrechtliche Bezug von Volkswagenaktien, DRiZ 1963, 55
Müller-Webers, Joachim	Betrug auch bei gutgläubigem Erwerb des Getäuschten ? NJW 1954,220
Nagler, Johannes	Bezugscheine als Objekt von Vermögensverbrechen, ZAkDR 1941, 294
Nicklich, Heinrich	Handwörterbuch der Betriebswirtschaft 3. Auflage 1962, Bd. IV
Niese, Werner	Wann ist die Hingabe eines ungedeckten Schecks Betrug ? NJW 1952,691
Niethammer, Emil	Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, 1950
Oehler, Dietrich	Liegt beim gutgläubigen Erwerb vom Unberechtigten ein Vermögensschaden im Rahmen des Betruges vor? GA 1956 S. 161
Olshausen, August	Kommentar zum Strafgesetzbuch 11. Auflage 1927

Oppe, Wilfried	Verjährung bei Anstellungs- und Renten- betrug, NJW 1958, 1909
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, 22. Auflage 1963
Parsch, Leo	Anmerkung zu OLG Hamm NJW 1960, 642 (Ver- mögensschaden bei zugesicherter Sachei- genschaft), NJW 1960, 977
Peltzer, Martin	Zur Stoffgleichheit beim Betrug NJW 1960 1562
Peters, Karl	Die Begrenzung des Strafrechts bei zivil- rechtlichen Verhältnissen als materiell - rechtliches und prozessuales Problem, Eb. Schmidt Festschrift 1961 S. 488 ff
Pröll, Rudolf	Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvor - teils beim strafbaren Betrug GA Bd. 67 S. 109 ff
Rotering, Landgerichts- direktor	Aus der Lehre vom Betrug GS 67, 186 ff
Sarstedt, Werner	Betrug durch Amterschleichung JR 1952, 308
Sauer, Wilhelm	System des Strafrechts, Besonderer Teil 1954
Schäfer, Herbert	Das betrügerische Erlangen von Volks - wagenaktien, Kriminalistik 1962, 3 ff
Schäfer, Herbert	Betrügerisches Erlangen von Wohnungsbau- prämien, Kriminalistik 1963, 78 ff
Schlosky, Senatspräsident	Ist die Lieferung unwirksamer Abtrei- bungsmittel Betrug ? DStR 1941, 41
Schmalenbach, Eugen	Dynamische Bilanz, 12. Auflage 1956
Schmidt-Eberhard	Literaturbesprechung (Maurach BT. 1. Aufl., Mezger StuB II 2. Aufl.) JZ 1952, 542
Schober, Karl	Die Vermögensdisposition des Getäuschten beim Betrug. Diss. Greifswald 1914
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar 10. Aufl. 1961
Schröder, Horst	Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung, ZStW Bd. 60, 33 ff
Schröder, Horst	Grenzen des Vermögensschadens beim Be- trug, NJW 1962, 721
Schumann, Georg	Die Anwendbarkeit der §§ 263 und 264 RStGB's bei mangelndem Kondiktionsrecht des Getäuschten, StAbh 138, 34

Schupp, Roland	Unlauterer Wettbewerb beim Vertrieb von Industrieerzeugnissen durch irreführende Werbeangaben über Gewinnverlosungen und über Preisnachlässe, JR 1963,4 ff
Schwarz-Dreher	Strafgesetzbuch 21.Auflage 1958, 24. Auflage 1962
Stenglein, Max	Die Vermögensbeschädigung beim Betrug GS 40, 102
Terstegen, Otto	Die sog. "Weiße-Kragen-Kriminalität" unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs, Strafrechtspflege und Strafrechtsreform, Bundeskriminalamt Wiesbaden, 1961, S. 81 ff
Traub, Fritz	Betrug bei Veräußerung unterschlagener Sachen an einen gutgläubigen Erwerber, NJW 1956,450
Troll, Max	Kommentar zum Vermögenssteuergesetz und Bewertungsgesetz, 1960
v. Tuhr, Andreas	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1910-1918 (unveränderter Neudruck 1957)
Weigelin, Ernst	Erwerb vom Nichtberechtigten und Unterschlagung, ZStW 61,291
Weisser, Gerhard	Vermögen und Vermögenspolitik, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften 11. Bd. 1961 S. 163 ff
Welzel, Hans	Das Deutsche Strafrecht 7. Auflage 1960
Zirpins, Walter- Terstegen, Otto	Wirtschaftskriminalität, Erscheinungsformen und ihre Bekämpfung, 1963

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a.A.	anderer Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
BayOblGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen (zitiert nach Jahr und Seite)
BB	Der Betriebsberater (zitiert nach Jahr und Seite)
BewG	Bewertungsgesetz vom 16.10.1934 i.d. Fassung vom 24.7.1958, BGBl I S.538
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
BStBl	Bundessteuerblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
BT-Drucksache	Drucksache des Bundestages
DJ	Deutsche Justiz (zitiert nach Jahr und Seite)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
DR	Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
E 1960, 1962	Entwürfe eines Strafgesetzbuches
GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goldammer (bis 1945 zitiert nach Band u.Seite, ab 1953 zitiert nach Jahr u.Seite)
GS	Der Gerichtssaal (zitiert nach Band und Seite)
HESt	Höchststrichterliche Entscheidungen in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)

HH	Holtzendorff's Handbuch (zitiert nach Band und Seite)
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung (zitiert nach Jahr und Nummer)
JMBL NRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau (zitiert nach Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring
Mat.	Materialien zur Strafrechtsreform (1954)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
Nds RPfl	Niedersächsische Rechtspflege (zitiert nach Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
SchwZStr	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Band und Seite)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StrafrAbh.	Strafrechtliche Abhandlungen, herausgege- ben von Schoetensack (zitiert nach Heft und Seite)
W G	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VerglO	Vergleichsordnung

VS tG	Vermögenssteuergesetz i.d.Fassung vom 10.6.1954, BGBl I S. 137
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechts- wissenschaft (zitiert nach Band und Seite)

TENDENZEN ZUR ERWEITERUNG DES VERMÖGENSBEGRIFFS BEIM BETRUG

A Einleitung

I. Anzeichen in Praxis und Lehre für eine Entmaterialisierung der wirtschaftlichen Vermögens-theorie

Der Betrug ist nach § 263 StGB eine durch Täuschung bewirkte vorsätzliche Beschädigung fremden Vermögens, die in der Absicht erfolgt, sich oder einem anderen einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Über Inhalt und Bedeutung des Vermögensbegriffs, welcher der Schadensfeststellung und damit auch dem Nachweis der Vollendung des Delikts zugrunde zu legen ist, gibt die Vorschrift keinen Aufschluß. Die Interpretation dieses Begriffes bleibt der Rechtsprechung und der Lehre überlassen.

Im allgemeinen Sprachgebrauch verbindet sich mit dem Wort "Vermögen" die Vorstellung von materiellen Werten. Der Gesetzgeber könnte aber mit der Strafdrohung des Betruges den Schutz eines Rechtsgutes beabsichtigen, welches sowohl materielle als auch ideelle Interessen umfaßt.

Eine von der juristischen Betrachtungsweise ausgehende Theorie bezeichnete als Vermögen im Sinne des § 263 StGB die Summe der Vermögensrechte einer Person¹. Nach dieser Auffassung war der Schadenseintritt ausschließlich von der - formalen - Verletzung eines Rechtes im bürgerlich-rechtlichen Sinne abhängig.

Die herrschende Meinung hat diese juristische Betrachtungsweise schon seit der Plenarentscheidung des Reichsgerichts vom 20. April 1887² überwunden und durch den wirtschaftlichen Vermögensbegriff³ ersetzt, dessen grundsätzliche Berechtigung nur von

¹ so etwa Binding Lb 1. Bd. S. 238 ff; vgl. im einzelnen unten S. 16 ff

² RGSt 16, 1 ff

³ vgl. Schönke-Schröder Anm. VII zu § 263 mit weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Lehre; vgl. im einzelnen unten S. 20 ff

wenigen Autoren angezweifelt wurde¹. Die wirtschaftliche Vermögenstheorie bezeichnet als Vermögen die Gesamtheit aller Güter, die der Verfügungsgewalt einer Person unterliegen² und einen objektiv bestimmbar wirtschaftlichen Wert haben. Auch wirtschaftliche Anwartschaften zählen zum Vermögen, sobald sie sich zu einem meßbaren Wert verdichten haben.³

Die ökonomische Betrachtungsweise erlaubt es, bei dem Nachweis des Vermögensschadens die tatsächlichen Verhältnisse zu berücksichtigen und alle Eingriffe in das Vermögen eines anderen als Betrug zu erfassen, die eine in Geld abschätzbare Wertminderung bewirken⁴, soweit sie die übrigen Merkmale des Betrugsstatbestandes erfüllen.

In neuerer Zeit mehren sich aber die Hinweise dafür, daß Praxis und Lehre diese hier zunächst nur in ihren Grundzügen aufgezeigten Anforderungen der wirtschaftlichen Theorie⁵ an den Nachweis der Vermögensbeschädigung gemäß § 263 StGB im Interesse einer Erweiterung des Anwendungsbereichs der Betrugsstrafe mitunter unbeachtet lassen. Durch weitgehende Subjektivierung bei der Schadensfeststellung wird ferner die begriffliche Dehnung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise versucht, wenn nicht überhaupt deren völlige Umgestaltung gefordert wird.

1. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes

a) Vermögensschaden durch Beeinträchtigung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit

In seinem Beschluß vom 16.8.1961⁶ entschied der Bundesgerichtshof, daß derjenige, der sich aufgrund einer Täuschung zu einer Leistung verpflichtet, zwar nicht bereits durch Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit einen Vermögensschaden

¹ so etwa Binding DJZ 16.Jg. S.553 ff "Eine Revolution in der Rechtsprechung des Reichsgerichts über den Betrug!"; Hirschberg, Der Vermögensbegriff im Strafrecht, S.284,285; vgl. ferner Bockelmann, Der Unrechtsgehalt des Betruges, Kohlrausch-Festschrift 1944 S.226 ff; Schröder, Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug, NJW 1962,721

² Maurach BT S.285

³ Maurach BT S.287; vgl. ferner unten S.22

⁴ Schönke-Schröder Anm. VII zu § 263

⁵ zur Begründung der wirtschaftlichen Theorie vgl. im einzelnen unten S. 21 ff,48 ff

⁶ BGHSt 16,321 = NJW 1962,309

erleidet, aber bei Hinzutreten weiterer Umstände die Beschädigung seines Vermögens angenommen werden könne.

Der Angeklagte hatte als Verkaufsvertreter auf Provisionsbasis einer Reihe von Bauern vorgespiegelt, er könne ihnen als "internationaler Propagandist" eine Melkmaschine im Rahmen einer Sonderaktion weit unter dem Listenpreis beschaffen. In Wirklichkeit entsprach der von ihm geforderte Preis jedoch dem Listenpreis. Ferner erklärte er, die Interessenten müßten sich auf der Stelle entscheiden, ob sie die günstige Gelegenheit wahrnehmen wollten. Seine unwahren Behauptungen veranlaßten einige Bauern, die sich das befristete Angebot nicht entgehen lassen wollten, zur sofortigen Bestellung einer Melkmaschine. Sie bekundeten später, daß sie bei wahrheitsgemäßer Werbung sich jedenfalls nicht zur sofortigen Anschaffung entschlossen hätten.

Der Bundesgerichtshof stellte fest, daß Vermögensschaden durch Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit einmal dann eintreten könne, wenn die Benutzungsmöglichkeit für den im Vertrag vorausgesetzten Zweck nicht gegeben sei. Mit dieser Begründung bejahte er den Betrug zum Nachteil einer Bäuerin, für deren landwirtschaftlichen Betrieb sich die bestellte Melkmaschine ersichtlich nicht eignete.

In drei anderen Fällen, in denen die Brauchbarkeit der erworbenen Maschine nicht in Zweifel gezogen wurde, hielt der BGH entgegen der Auffassung des vorliegenden OLG Hamm¹ den Eintritt eines Vermögensschadens ebenfalls für möglich, denn "weitere Umstände" könnten zur Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit auch dadurch hinzutreten, daß "der Erwerber durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt" werde. Solche Maßnahmen sah das Gericht etwa in der Aufnahme eines hoch zu verzinsenden Darlehens, der unvorteilhaften Veräußerung eines Wertpapiers oder dem wirtschaftlich ungünstigen Verkauf eines Sachwertes.

Die Vermögensbeschädigung bejahte der BGH schließlich auch dann, "wenn die durch den Vertrag verursachte Bindung von Vermögenswerten einen so starken Mangel an Mitteln herbeiführte, daß eine bestimmte nahe Gefahr für die wirtschaftliche Lage eintrat." Diese Gefahr könne, abgesehen von Zahlungsschwierigkeiten, die durch den Abschluß verursacht würden, bereits dadurch zu einem Schaden führen, daß dem "Getäuschten die Mittel entzogen würden, deren er für die Aufrechterhaltung seiner Verhältnisse

¹ welches insoweit seiner Entscheidung vom 24.3.53, JMB1 NRW 1953, 154, folgte

angemessenen Wirtschafts- und Lebensführung"bedarf.

Zusammenfassend erklärte der BGH, er erkenne das durch Täuschung herbeigeführte übermäßige Opfer an wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit wegen seiner nachteiligen Wirkungen auf die Vermögensbewertung als Vermögenseinbuße an. Allerdings wollte er die Möglichkeit eines Schadensausgleiches durch besondere Gebrauchsvorteile der Gegenleistung beachtet wissen.

b) Anstellungsbetrug trotz befriedigender Dienstleistungen

Auch durch die Begründung des Vermögensschadens im Bereich des Anstellungsbetruges hat der Bundesgerichtshof neuerdings mit Urteil vom 4.5.1962¹ zu einem Sachverhalt Stellung bezogen, dessen betrugsrechtliche Problematik im Grunde ähnlich gelagert ist. Die Gegenleistung in Gestalt der Dienstverrichtungen des Angeklagten, der den Abschluß eines Privatdienstvertrages mittels Täuschung über Vorbildung und Vorleben erschlichen hatte, allerdings jeweils nur kurze Zeit tätig war, genügte den Anforderungen des Dienstherrn.

Der Angeklagte, wegen verschiedener Vermögensdelikte, u.a. auch als Rückfallbetrüger, vorbestraft, hatte durch wahrheitswidrige Angaben bei zwei Stadtverwaltungen Anstellung als Bauingenieur erschlichen. Er war zuvor lange Jahre im Baugewerbe in leitender Stellung tätig gewesen und hatte nach dem Krieg als selbständiger Unternehmer eines Hoch- und Tiefbaugeschäftes zeitweise bis zu 200 Arbeitskräfte beschäftigt. Auch aus anderen Einzelheiten seines beruflichen Vorlebens ergab sich seine fachliche Qualifikation. Bei der Bewerbung um eine Bauleiterstelle der Stadtverwaltung N., die einen Tiefbauingenieur suchte, gab er sich fälschlich als solcher aus und versicherte außerdem, nicht vorbestraft zu sein. Er wurde nach der Vergütungsgruppe für Bauingenieure angestellt und nach einer Tätigkeit von knapp 6 Wochen entlassen, nachdem seine Vorstrafen bekanntgeworden waren. Knapp 2 Wochen später bewarb sich der Angeklagte unter Verschweigen seiner Vorstrafen wieder bei einer anderen Stadtverwaltung um die ausgeschriebene Stelle eines Tiefbauingenieurs. In seinem Einstellungsgesuch bezeichnete er sich als Bauingenieur und gab wahrheitswidrig an, die Reifeprüfung abgelegt, das Examen an einer technischen Lehranstalt mit "gut" bestanden und zwei Semester an einer Technischen Hochschule studiert zu haben. Er wurde in der Vergütungsgruppe für technische Zeichner angestellt. Nach etwa zwei Wochen bat er um seine Entlassung, da er befürchtete, seine Vorstrafen seien bekanntgeworden.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes läßt sich in beiden Fällen eine Beschädigung des Vermögens der Stadtverwaltungen bejahen, obwohl sich der Angeklagte den ihm gestellten Aufgaben

¹ BGHSt 17, 254 = NJW 1962, 1521

gewachsen zeigte und seine Dienste ordnungsgemäß verrichtete. Wegen der kurzen Dauer des Arbeitsverhältnisses könne es nämlich nicht allein auf den Wert der tatsächlichen Dienstleistungen ankommen, sondern es müsse "das allgemeine Leistungsvermögen des Verpflichteten", das möglicherweise noch nicht voll habe in Erscheinung treten können, dem Wertvergleich zwischen Leistung und Vergütung zugrundegelegt werden. Es sei denkbar, daß der Angeklagte in den kurzen Zeiträumen seiner Tätigkeit nur Arbeiten übertragen erhalten hätte, denen er gewachsen gewesen sei. Das besage aber "noch nichts über seine Fähigkeiten, den Leistungsanforderungen zu entsprechen, die an ihn entsprechend seiner Vergütungsgruppe allgemein gestellt werden konnten." Nach der Auffassung des Bundesgerichtshofes ist es daher von diesem allgemeinen Leistungsvermögen abhängig, ob das Vermögen der Städte durch den Abschluß der jeweiligen Dienstverträge in einer dem Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB gleichkommenden Weise gefährdet worden ist.

Überdies eröffnete der BGH die Möglichkeit einer weiteren Vermögensgefährdung des Dienstherrn, die er darin erblickte, daß dem wegen Vermögensdelikten erheblich vorbestraften Angeklagten mit der Übertragung der Bauaufsicht die tatsächliche Verfügungsgewalt über Baustoffe und Geräte in die Hand gegeben war. Damit hätte für die Stadtverwaltungen u.U. die ständige Gefahr bestanden, er werde über diese Güter zu ihrem Nachteil verfügen.

2. Bestrebungen in der neueren Literatur, durch individuellere Gestaltung des Vermögens- und Schadensbegriffs die Betrugsanwendung zu erweitern.

Auch in der neueren Literatur finden sich Bestrebungen zur Erweiterung der Betrugsanwendung. Unter den Versuchen zur Begründung der Strafbarkeit wegen Betruges in ähnlichen Fällen objektiv wertgleicher Gegenleistungen ist an erster Stelle der "Personale Vermögensbegriff"¹ zu erwähnen. Diese Theorie nimmt in Abweichung

¹ Bockelmann, Kohlrausch-Festschrift 1954, 248, derselbe JZ 1952, 462 und JZ 1952, 485, 486 und "Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug", Strafr. Untersuchungen 1957, S. 229, 238 und "Die Behandlung unvollkommener Verbindlichkeiten im Vermögensstrafrecht", Mezger-Festschrift 1954, 363 ff, 378; ähnlich: Gallas "Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung", Gleispach-Festschrift 1936, 56 ff und Hardwig a.a.O. S. 18

von der wirtschaftlichen und auch der juristischen Betrachtungsweise, die beide den Begriff des Vermögens unabhängig von der Person seines Inhabers bestimmen, ihren Ausgangspunkt allein beim Vermögenssubjekt, indem sie den Umfang des Vermögens sowie dessen qualitative Zusammensetzung ausschließlich an dem anerkenntniswerten persönlichen Interesse des Vermögensträgers orientiert. Die Vorrangstellung des "persönlichen Einschlags"¹ bei der Ermittlung des Vermögensschadens erlaubt es, sowohl die Beeinträchtigung immaterieller Interessen als auch die bloße Störung wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit zu berücksichtigen² und Ergebnisse, die sie aus der Judikatur des Bundesgerichtshofes vorangestellt wurden³, ohne Schwierigkeiten zu begründen.

Auf anderem Wege erreicht Eser⁴, der von kriminalpolitischen Überlegungen her die Frage einer Ausdehnung des Betruges angeht, mit seinem dynamischen Vermögensbegriff ein ähnliches Ziel. Unter Hinweis auf die von "produktionssüchtiger Bewegung und schnelllebigen Konsum" gekennzeichnete Wirtschaftsordnung der heutigen Zeit fordert er eine Auslegung des Vermögensbegriffs, die generell die Möglichkeit des Betrugsschadens durch Beeinträchtigung wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit gewährt. Diese begriffliche Erweiterung erreicht er, indem er unter dem strafrechtlichen Vermögen nicht mehr nur statisch den bereits vorhandenen Vermögensbestand, sondern dynamisch auch den Vermögenszuwachs erfaßt. Damit sollen alle diejenigen Faktoren Berücksichtigung finden, auf denen der Vermögensbestand ruht und sich ständig erneuert und vergrößert⁵. Für die Berechnung des Schadens durch Beeinträchtigung wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit, die er von der allgemeinen Dispositionsfreiheit streng unterschieden wissen will⁶, legt Eser dagegen keinen subjektiven oder personalen Maßstab an, sondern bestimmt die wirtschaftliche Zweckverfehlung nach rein objektiven Gesichtspunkten.

¹ deren Berechtigung aus RGSt 68,212 hergeleitet wird

² a.A. ausdrücklich Hardwig a.a.O. S.18,20, der wegen fehlender Stoffgleichheit Betrugsschaden ablehnt

³ siehe oben S.2 ff

⁴ Die Beeinträchtigung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden, GA 1962,289 ff

⁵ Eser a.a.O. S. 295

⁶ a.a.O. S.296,297

Auch Gallas¹ erwähnt die Notwendigkeit, "den Begriff des Wirtschaftlichen und damit auch die Begriffe Vermögensschaden und Vermögensvorteil über das rein Materielle hinaus zu erweitern," schneidet aber lediglich die Frage an, ob in den Fällen eines rechtsgeschäftlichen Austauschs der Leistende nicht trotz einer Gegenleistung von gleichem Geldwert dadurch geschädigt sein kann, daß er den mit dem Geschäft erstrebten sozialen Zweck nicht erreicht hat.

Ferner läßt Jagusch², allerdings ohne nähere Begründung und lediglich unter Hinweis auf die von der Rechtsprechung unterschiedenen Fälle, die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit allein als Grundlage des Vermögensschadens ausreichen³. Sarstedt⁴ teilt ebenfalls diese subjektivierte Auffassung vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff, indem er für den Betrug durch Amterschleichung allgemein fordert, der Staat als Monopolinhaber für die Verwertung von Leistungen seiner Beamten müsse selbst bestimmen, "für welche und für wessen Dienste er Beamtengehälter bezahle". Konnte der öffentlich-rechtliche Dienstherr danach für dieses Amt einen Mann ungeachtet seiner sachlichen Tauglichkeit allein wegen Fehlens der persönlichen Würdigkeit nicht annehmen, habe die Leistung dieses Mannes überhaupt keinen Preis und dem Staat sei ein Vermögensschaden entstanden. Haupt⁵ hält darüber hinaus auch für die Anstellung auf Privatdienstvertrag eine Abkehr vom Geldwert-Dogma

¹ "Der Betrug als Vermögensdelikt", Eb.-Schmidt-Festschrift 1961, 401 ff, 435

² LK 8. Aufl. Vorbem. III 2 d cc vor § 249

³ Auch Just-Dahlmann, MDR 1960, 270, erkennt für die Ermittlung der Vermögensbeschädigung bei der infolge Vortäuschung einer Bedürftigkeit des Werbers erreichten Bestellung einer Zeitschrift noch über die Berücksichtigung der Brauchbarkeit hinaus ideelle Werte für die Begründung der Vermögensbeschädigung an; ebenso kommt Schäfer, Kriminalistik 1962, 386, ausgehend von dem Fall der Fehlleitung sozialpolitisch gebundener Mittel im Rahmen unberechtigten Bezugs von VW-Aktien, zu dem vorwiegend von kriminalpolitischen Erwägungen bestimmten Ergebnis, die Rechtsprechung müsse heute mit Rücksicht auf die Anforderungen eines hochindustrialisierten Wirtschaftssystems der Notwendigkeit eines erweiterten Vermögensschadenbegriffs Rechnung tragen; vgl. ferner Müller DRiZ 1963, 55

⁴ JR 1952, 308

⁵ NJW 1958, 938

des Reichsgerichts für notwendig. Nach seiner Ansicht knüpft jedes Dienstverhältnis nicht nur an den Wert der Arbeit, sondern auch an die Person des Arbeitenden dergestalt an, daß auch ein privater Dienstherr gewisse persönliche Voraussetzungen vom Dienstverpflichteten fordern könne. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so sei der Dienstherr ungeachtet des sachlichen Wertes der geleisteten Dienste geschädigt. Diesen Grundsatz bezeichnet Haupt als richtungsweisend für die Rechtsprechung, wenn sie sich nicht mit dem Rechtsempfinden in Widerspruch setzen wolle¹.

II. Nähere Bestimmung und Abgrenzung des Gegenstandes der Untersuchung

Den beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofes² und der angeführten Literatur ist das Bestreben gemeinsam, den materiell-wirtschaftlichen Vermögensbegriff des Strafrechts zu erweitern, wenn dies auch nicht immer klar zum Ausdruck kommt. Die Anwendung des Betrugstatbestandes soll möglichst auch in den Fällen gewährleistet werden, in denen die Gegenleistung des Täuschenden bei rein objektiver Betrachtung wirtschaftlich der Leistung des Getäuschten³ gleichwertig erscheint. Der Betrugsschaden wird jeweils aus den individuellen Verhältnissen der Getäuschten hergeleitet, wobei besonders der Bundesgerichtshof in seinem Beschluß vom 16.8.1961⁴ über die seit RGSt 16,1 allgemein anerkannten Gesichtspunkte der Brauchbarkeit und Verwertbarkeit einer Leistung als Berechnungsgrundlage hinaus in einem solchen Ausmaß individualisiert, daß sich die Frage stellt, ob er der Rechtsprechung

¹ Oppe, NJW 1958, 1409, geht in seiner Forderung noch weiter und meint - ohne jeden Versuch, eine auch nur äußerliche Vereinbarkeit mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise herzustellen - es mache für die Wertung der Tat keinen Unterschied, ob der Täter über berufliche Vorbildung oder über charakterliche Eignung täusche und ob es sich um eine Anstellung im öffentlichen Dienst auf Privatdienstvertrag oder im Beamtenverhältnis oder um eine Anstellung in der Privatwirtschaft handle.

² siehe oben S. 2 u. 4

³ Der Begriff "Getäuschter" wird hier wie im folgenden nur zur Vereinfachung verwandt. Da eine Identität zwischen dem Getäuschten und dem Geschädigten vom Gesetz nicht gefordert und auch nicht immer gegeben ist, kann damit eigentlich nur der Normalfall des Betruges angesprochen werden.

⁴ BGHSt 16, 321 = NJW 1962, 309

damit nicht bereits die Möglichkeit eröffnet, die bloße Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit durch einen mittels Täuschung bewirkten Vertragsabschluß innerhalb des im übrigen formal beibehaltenen wirtschaftlichen Vermögensbegriffs anzuerkennen. Diese Frage läßt sich allein mit dem Hinweis auf den Wortlaut der Entscheidungsbegründung, deren Vereinbarkeit mit allgemeinen Grundsätzen der Betrugslehre noch zu erörtern sein wird,¹ nicht abtun.

Da auch die wiedergegebenen Ansichten aus Praxis und Wissenschaft im Ergebnis eine Umformung des bisher als gesichert geltenden wirtschaftlichen Vermögensbegriffs anstreben, um ihn im erweiterten Umfang zum Schutz individueller Interessen der Getäuschten heranziehen zu können², ist es geboten, sowohl die kriminalpolitischen Motive für diese Ausdehnung der Betrugsanwendung als auch die Übereinstimmung der erweiternden Anwendung mit der rechtsdogmatischen Ausgangsposition näher zu untersuchen. Dabei ist zu prüfen, ob die Deutungen, die das Merkmal des Vermögensschadens erfährt, mit den Grundzügen der wirtschaftlichen Lehre noch vereinbar sind³.

Es ist ferner fraglich, inwieweit sich der teilweise Wandel in der Auffassung über die Strafwürdigkeit "betrügerischen" Verhaltens überhaupt noch unter den Tatbestand des § 263 StGB subsumieren läßt, ohne daß hierdurch der Wesensgehalt dieser Vorschrift verlorengeht.

Die Aufgabe dieser Untersuchung läßt sich also durch folgende Fragestellung näher präzisieren :

Erlauben die Grundsätze der ökonomischen Betrachtungsweise eine erweiternde Modifizierung des Vermögens- und Schadensbegriffs, so daß der Betrugstatbestand auch für den Fall objektiv wertgleicher und brauchbarer Gegenleistung sowohl rechtspolitisch als auch rechtsdogmatisch begründet werden kann ?

¹ siehe unten S. 99 ff

² Ähnliche Forderungen wurden schon früher erhoben, vgl. Gallas, Gleispach-Festschrift 1936, 56; Hirschberg a.a.O. S. 315; Kohlrausch, Vermögensverbrechen im Wandel der Rechtsprechung und der Gesetzgebung, Schlegelberger-Festschrift 1936, 203, 222

³ vgl. Kohlrausch-Lange Anm. V 2 d, e, g, zu § 263; Maurach BT S. 289 ff; Schröder NJW 1962, 721

III. Die Folgen einer Überdehnung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs

Soweit die aufgezeigte Problematik in einen Theorienstreit mündet, zieht Maurach¹ dessen praktische Bedeutung zwar in Zweifel, da er mehr der Klärung der Ausgangspositionen als der Verfechtung abweichender Ergebnisse diene. Die wirtschaftliche und die juristische Vermögenslehre seien nicht Gegensätze sondern Komplementäerscheinungen, und die wirtschaftliche Lehre führe in letzter Konsequenz zu der gleichen Verflüchtigung und Subjektivierung des Vermögensbegriffs wie die juristische Betrachtungsweise.

Dieser Auffassung von Maurach über die geringe praktische Bedeutung des Theorienstreits ist nicht zuzustimmen, sofern die Untersuchung ergibt, daß die Rechtsprechung, wenn auch nur in Einzelfällen, lediglich mittels solcher Verflüchtigungen oder Subjektivierungen des Vermögensbegriffs die Anwendung der Betrugsstrafe erreicht. Aus Erscheinungen dieser Art droht nämlich eine nicht zu unterschätzende Gefahr für die Gesetzesanwendung im Strafrecht, die generelle Zweifel über die Strafbarkeit bestimmten menschlichen Verhaltens nicht verträgt². Die Grenzen, welche eine strafbare Handlung von dem bloßen Unrechthandeln im zivilrechtlichen Sinne trennen, dürfen nicht verdunkelt und unkenntlich gemacht werden. Das Recht selbst würde dadurch gefährdet, denn im rechtlichen - wie auch im sittlichen - Interesse ist zu fordern, daß die Gebiete des Verbotenen und des Erlaubten, des strafbaren und des nicht strafbaren Unrechts, fest gegeneinander abgegrenzt sind. Wird diese Forderung auch nur teilweise durchbrochen, ist die kaum vermeidbare Folge eine Herabsetzung staatlicher Autorität und ein Verlust sozial-ethischer Haltung in der Allgemeinheit".³ Gerade der mit der Aufklärung strafbarer Handlungen befaßte Praktiker hat nicht selten Gelegenheit, solche schädlichen Aus -

¹ BT S. 284

² vgl. Hardwig, Beiträge zur Lehre vom Betrug, GA 1956, 6 ff, 21; Bockelmann, Kohlrausch-Festschrift 1944, 246

³ Peters, Die Begrenzung des Strafrechts bei zivilrechtlichen Verhältnissen als materiell-rechtliches und prozessuales Problem, Eb. Schmidt-Festschrift 1961, 488 ff

wirkungen zu beobachten, etwa bei Fällen von "White-Collar - Kriminalität"¹, wo den Delinquenten oft jegliche Einsicht in das strafwürdige Unrecht ihres Verhaltens fehlt.

Es ist zwar verständlich und auch notwendig, daß sich die seit dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches im Jahre 1871 erfolgten Anschauungswandlungen auf sozial-ethischem, wirtschaftlichem, kulturellem und politischem Gebiet auch bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale auswirken. Bei Wahrung der Rechtsstaatlichkeit im Strafrecht kann eine Anpassung der Tatbestandsauslegung an die neuen Zeitumstände aber nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen des Tatbestandes erfolgen und darf nicht die Formen unzulässiger Analogie annehmen².

Unter diesen Aspekten kommt der Frage nach den Möglichkeiten einer Erweiterung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs beim Betrug und damit auch nach der rechtsdogmatischen Ausgangsposition zur Bestimmung des Betrugschadens unmittelbare Bedeutung für die Gesetzesanwendung der Praxis zu.

Das Ergebnis der Untersuchung wird zudem auch für das kommende Strafrecht Gültigkeit behalten, da § 252 E 1962 sich auf eine sprachliche Verbesserung der derzeitigen Fassung des Gesetzes beschränkt und diese im übrigen ohne wesentliche Änderung übernimmt. Die Große Strafrechtskommission empfiehlt dem Gesetzgeber ausdrücklich, einer näheren Bestimmung des Vermögensbegriffs wegen der damit verbundenen Problematik auszuweichen³ und die Interpretation auch zukünftig der Rechtsprechung und Lehre zu überlassen. Es wird daher von der Strafrechtsreform keine Klärung dieser Streitfrage zu erwarten sein, andererseits aber dem Richter dadurch die Möglichkeit einer Begriffsfortbildung verbleiben, bei der er nicht an eine enge strafrechtliche Tatbestandsausgestaltung gebunden ist⁴. Ob dies allerdings ein Vorteil ist, erscheint bei der derzeitigen Uneinheitlichkeit in der Auslegung des Vermögens- und Schadensbegriffs zumindest als sehr zweifelhaft.

¹ kriminologischer Sammelbegriff für Wirtschaftsdelikte, vgl. Zirpings-Terstegen, Wirtschaftskriminalität, S.87 ff mit weit. Hinweisen; ferner Terstegen, Die sog. "Weiße-Kragen-Kriminalität"... in Strafrechtspflege und Strafrechtsreform, veröffentlicht vom Bundeskriminalamt Wiesbaden 1961, S.81 ff

² vgl. Meyer-Ladewig MDR 1962,262 ff

³ vgl. Protokoll der Gr.Strafrechtskommission 8.Bd.BT S.36 sowie E 1960 Bundesrat-Drucks.270/60 S.391

⁴ vgl. Hirschberg a.a.O. S. 318, 319

B Die Entwicklung des Betrugsstrafrechts unter besonderer Berücksichtigung ihrer Ergiebigkeit zur Begründung der aufgezeigten Ausweitungstendenzen

I. Rechtshistorische Entwicklung des Betruges

Die im einzelnen recht verworrene und nicht einwandfrei nachweisbare rechtshistorische Entwicklung des Betruges geht zurück auf zwei römisch-rechtliche Begriffe, das falsum und den stellionatus¹. Jenes diente im römischen Recht der Erfassung solcher Tathandlungen, die, wie etwa Testamentsfälschung, Unterschlagung, Münzfälschung, Ablegen sich widersprechender Zeugnisse u.a., sich gegen eine Verletzung der publica fides richteten. Als stellionatus (Schufterei) wurde in der Zeit nach Hadrian die in arglistiger Weise herbeigeführte Benachteiligung eines anderen bestraft, sofern die Handlung nicht den Tatbestand eines sonstigen Deliktes erfüllte². Es bleibt aber strittig, ob die Verursachung eines materiellen Schadens zum Tatbestand des Stellionats gehört³. Nachdem dieses Aushilfsdelikt, das rechtsgeschichtlich eine Ergänzung zu Fällen des Falsum darstellte, auch dogmatisch als solches aufgefaßt wurde, führte dies zur Vereinigung beider Delikte unter dem Oberbegriff der Fälschung⁴. Damit war ein recht vager Verbrechenstatbestand geschaffen, der allein die Wahrheitsentstellung mit Strafe bedrohte und dadurch die verschiedenartigsten Handlungen in einem Delikt zusammenführte. Noch heute scheint die Entwicklung der Betrugslehre unter der Uferlosigkeit dieses Tatbestandes zu leiden, der auch die gemeinrechtliche Wissenschaft nach der Rezeption bestimmte.

¹ Maurach BT S.271; Mezger StuB II S.165 mit weiteren Hinweisen; Merkel "Zur Lehre vom strafbaren Betrug" KrimAbb. II S. 16; Votum GS 43,346; Kohlmann "Die strafrechtliche Behandlung des Betruges" Mat.Bd.II BT S. 349

² Merkel a.a.O. S.16; Maurach BT S.271; Kohlmann a.a.O. S.349

³ Mezger StuB II S.166; Votum GS 40,347

⁴ Kohlmann a.a.O. S. 349

Im deutschen Recht des Mittelalters finden sich zwar gelegentlich Normen zur Bestrafung einzelner Erscheinungsformen des Betruges im heutigen Sinne, so die "velscherey" als eine Verbindung von Urkundenfälschung, Betrug und mitunter auch Diebstahl¹, jedoch ohne jede Unterscheidung und Trennung zwischen Urkunden- und Fälschungsdelikt einerseits und dem Betrug als Vermögensdelikt andererseits.

Im Allgemeinen Landrecht² wurde der Betrug als "vorsätzliche Veranlassung eines Irrtums, wodurch jemand an seinem Vermögen gekränkt werden soll," bezeichnet³. Gelegentliche Bemühungen um eine schärfere Abgrenzung des Betruges gegenüber den Urkundendelikten konnten sich nicht durchsetzen⁴. Die im Zuge der Industrialisierung Raum greifende materielle Denkweise des wirtschaftlichen Liberalismus führte im 19. Jahrhundert dann aber doch zur Verwirklichung der Bestrebungen, ein materielles Rechtsgut zur Unterscheidung heranzuziehen, um von der uferlosen Definition des Betruges als einer dolosen Verletzung des Rechts auf Wahrheit wegzukommen⁵. Man fand das Unterscheidungsmerkmal zwischen straflosen Unwahrheiten und strafwürdigem Betrug darin, daß durch die Wahrheitsentstellung ein Schaden angerichtet worden sein müsse. Der Entwurf des Jahres 1828 zum Preußischen Strafgesetzbuch sah zwar zunächst ausdrücklich noch eine Berücksichtigung immaterieller Schäden vor. Das im Jahre 1851 in Kraft getretene Gesetz brachte dann aber eine dem heute gültigen § 263 StGB nahezu gleichlautende Formulierung :

§ 241

Wer in gewinnsüchtiger Absicht das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorbringen falscher oder durch Entstellen oder Unterdrücken wahrer Tatsachen einen Irrtum erregte, begeht Betrug.

Die vom Preußischen Obertribunal Berlin zu dieser Vorschrift er-

¹ Maurach BT S.271; vgl. ferner CCC Art.113: Straff der Fälscher mit Maß, Waag und Kaufmannschaft. Auch die Reichspolizeiordnung 1530 enthält die Ausdrücke "gefälscht" und "betrüglich", gebraucht sie jedoch unterschiedslos und nicht als technische Begriffe; vgl. VotumGS 43,347; Mezger StUB II S.166

² II,20, §§ 1256 ff

³ Hirschberg a.a.O.S.261;Maurach BT S.271; Votum GS 43,352

⁴ Goergen "Die Vermögensverfügung durch Unterlassen beim Betrug und der Sicherungsbetrug" Diss.Mainz 1958 S.3

⁵ Welzel Lb S.312; Maurach BT S.270; Votum GS 43,349-350

gangenen Entscheidungen¹ lassen erkennen, daß man schon damals über die Bedeutung dieser Vermögensbeschädigung keine einheitliche Vorstellung hatte, wenn auch schließlich fast ausnahmslos nach der juristischen Theorie entschieden worden ist².

Die Formulierung des § 241 PrStGB wurde mit nur geringfügiger und in diesem Zusammenhang unbedeutender Änderung³ als § 258 in das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes übernommen, welches durch Gesetz vom 15.5.1871 zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich bestimmt wurde.

Die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Betrugslehre bis zur heute maßgeblichen Formulierung des § 263 KStGB, die seit dem Inkrafttreten des Gesetzes am 1.1.1872 nicht geändert worden ist, wurde zwar für diese oder jene Deutung des strafrechtlichen Vermögensbegriffs gelegentlich als Argument angeführt, gibt jedoch keine klaren Anknüpfungspunkte für eine Auslegung dieses Begriffs. Der im 19. Jahrhundert geschaffene Betrugstatbestand unterscheidet sich so sehr von den älteren Vorstellungen, daß ein Rückgriff auf römisch- oder deutschrechtliche Quellen keine verwertbaren Ergebnisse bringen kann. Hirschberg⁴ glaubte zwar nach seiner groß angelegten historischen Untersuchung des Vermögensbegriffs im Strafrecht, die beim römischen Recht ihren Ausgang nahm und über das italienische und deutsche Mittelalter, die Rezeption und das Gemeine Recht bis zur preußischen und reichsdeutschen Gesetzgebung weiterführte, feststellen zu können, die juristische Theorie lasse sich auf Grund der Entstehungsgeschichte des Betruges verteidigen⁵. Auch aus der Abänderung der Definition des § 1256 ALR "an seinem Rechte gekränkt" in eine "Beschädigung des Vermögens" durch § 241 PrStGB könne für die objektive Theorie

¹ Votum GS 43,327 ff und Stenglein "Die Vermögensbeschädigung beim Betrug" GS 40,81 ff

² vgl. besonders die von Stenglein GS 40,87-95 angeführten Entscheidungen

³ "Betrug auch zum Vorteil eines Dritten"

⁴ a.a.O. S. 267

⁵ auch der Verfasser des Votums GS 43,321 ff, 345 sieht in der Entstehungsgeschichte gewisse Anknüpfungspunkte für die juristische Theorie

nichts hergeleitet werden, da der Begriff der Rechte im ALR mit dem des Vermögens sachlich übereinstimme¹. Dieser vorsichtigen Begründung scheint aber bereits die Feststellung des gleichen Verfassers zu widersprechen, die im Entwurf 1828 zum preußischen Strafgesetzbuch vorgesehene ausdrückliche Berücksichtigung im - materieller Schäden habe schließlich in der gültigen Formulierung des Betrugstatbestandes keine Verwirklichung gefunden².

Mangels überzeugender Anknüpfungspunkte kann der Auffassung Hirschbergs, die historische Entwicklung der Betrugslehre spreche für die Richtigkeit einer subjektiven Vermögenstheorie, nicht zugestimmt werden³.

Während auch der Verfasser des Votums⁴ zu dem reichsgerichtlichen Plenarbeschuß vom 20.4.1887⁵ in der gleichen Frage recht zurückhaltend die Meinung vertrat, "es scheine, für die subjektive Ansicht seien Anknüpfungspunkte in gewissen Stadien der rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Betrugsbegriffs zu suchen", wurde diese Entwicklung im Beschuß selbst⁶ wohl zutreffender dahin ausgedeutet, daß der Betrug ein materielles Delikt sein solle, zu dessen Vollendung ein äußerer Erfolg in Gestalt einer Beschädigung des Vermögens durch Minderung seines Geldwertes gehöre.

Die Entwürfe und Protokolle zu § 263 RStGB enthalten keine Andeutung, wie der Begriff der Vermögensbeschädigung auszulegen sei⁷. Die Tatsache, daß den Vätern des Gesetzes die Problematik des strafrechtlichen Vermögensbegriffs zumindest aus der Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals zu § 241 PrStGB⁸ bekannt gewesen sein mußte, sie aber dennoch auf eine nähere Definition

¹ Hirschberg a.a.O. S. 267

² dto.

³ vgl. Grünhut SchwZStR 1934, 452 ff, 457; Kahn "Der Vermögensbegriff bei den Vermögensdelikten des Strafgesetzbuches" Diss. Köln 1936, S. 10

⁴ GS 40, 345

⁵ RGSt 16, 1 ff

⁶ RGSt 16, 2

⁷ Stenglein a.a.O. S. 86; Schumann, Georg "Die Anwendbarkeit der §§ 263 und 264, 33 RStGB's bei mangelndem Kondiktionsrecht des Getauschten" StrAbhdl 138, 34; Kahn a.a.O. S. 10; vgl. auch RGSt 16, 2

⁸ siehe oben S. 13, 14

verzichtet haben, berechtigt zu der Annahme, daß die Bestimmung dieses Tatbestandsmerkmals auch damals¹ nicht etwa versehentlich unterblieben ist.

II. Die Theorien zum strafrechtlichen Vermögensbegriff

Nachdem der Versuch, aus der historischen Entwicklung der Betrugslehre bereits wesentliche Anhaltspunkte zu einer Bestimmung des Vermögensbegriffs zu erlangen, nicht zum Erfolg geführt hat, sind die einzelnen Auffassungen darzulegen, mit denen Wissenschaft und Praxis bisher die vom Gesetzgeber gelassene Lücke ausgefüllt haben.

1. Die Lehre vom juristischen Vermögensbegriff

Diese Lehre sieht im Vermögen die Summe einzelner, zivilrechtlich zu bestimmender Vermögensrechte und -pflichten. Sie wurde namentlich von Merkel² und Binding³, später auch, allerdings mit gewissen Zugeständnissen an eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, von Hirschberg⁴ vertreten⁵.

Binding begründete die von ihm vertretene rein juristische Theorie indem er von der akzessorischen Natur des Strafrechts gegenüber dem Zivilrecht ausging⁶ und folgerte, es müsse dann unbedingt auch nach bürgerlichem Recht bestimmt werden, ob und inwieweit strafrechtlich zu schützende Vermögensrechte bestünden. Merkel scheint ebenfalls, wenn auch nicht ausdrücklich, die Akzessorietät des Strafrechts anzunehmen. Er gelangte aber nach mitunter ausgesprochen modern anmutenden kriminalpolitischen Erwägungen in einigen Details seines Vermögensbegriffs sowie in der Scha -

¹ siehe oben S. 11

² Krim.Abh. II S. 101, 108 und HH III S. 758 ff

³ Lb BT 1.Bd. S. 238 ff sowie DJZ 16.Jg. S. 553 ff

⁴ a.a.O. S. 279 sowie 323, 326

⁵ ebenso Rotering "Aus der Lehre vom Betrug" GS 76, 186 ff; Gerland Lb S. 560 ff

⁶ Lb BT 1.Bd. S. 240 und DJZ 16.Jg. S. 562; so auch Hirschberg a.a.O. S. 320; vgl. ferner Mezger StuB II S. 178

densbestimmung zu weniger formalen Ergebnissen.¹

Die Betrachtung des Vermögensbegriffs nach der juristischen Theorie läßt nur die Erfassung "echter" Rechte zu, da nur deren Verwertung oder Durchsetzung von der Rechtsordnung legalisiert und garantiert wird. "Rechte", die sich jemand widerrechtlich annaßt, gehören daher ebensowenig zum Vermögen wie nichtige Ansprüche. Im übrigen spielen Charakter und Beschaffenheit dieser Rechte im einzelnen keine Rolle. Sie können privater oder öffentlicher Natur, Vollrechte - wie Eigentum - oder dingliche Rechte an fremder Sache oder Zurückbehaltungs- und Forderungsrechte sein². Auch ist es kein Kriterium der Vermögenszugehörigkeit, ob der jeweilige Bestandteil Geldwert besitzt oder nicht. Selbst immaterielle Werte, wie das Eigentum an dem sonst völlig wertlosen Andenken, zählen daher zum Vermögen³. Gerade in der Ausdehnung des Eigentums über den Bereich des Geldwertes hinaus sah Binding⁴ einen großen Kulturfortschritt, demgegenüber das Strafrecht nicht gleichgültig bleiben dürfe. Einen weiteren Vorteil seiner Lehre erblickte er in der Unabhängigkeit subjektiver Rechte von einem nur schwer und unsicher zu handhabenden Wertbegriff⁵.

Rein tatsächliche Verhältnisse, mögen sie auch wirtschaftliche Vorteile bieten, zählt die juristische Theorie nicht zum Vermögen, da sie auf die Bewertung rechtlicher Beziehungen nicht einwirken können⁶. Vermögen beginnt erst dort, wo sich solche "formlosen Vermögensmassen"⁷ zu einem Recht verdichtet haben.

¹ so etwa in Krim.Abh.II S.103: die Veränderung müsse einen materiellen Verlust für den Berechtigten einschließen; nur wenn die Sache von einigem Belang ist, könne Betrug angenommen werden. S.104: eine nur formell verletzende Einwirkung ohne wirklichen Schaden oder Nachteil durch Minderung des Vermögens reiche für die Annahme des Betruges nicht aus. S.106-107: Berücksichtigung der Gegenleistung als Äquivalent für die Ermittlung des Betrugsschadens, denn Veräußerung gegen vollen Gegenwert schließe den Betrug aus.

² Binding Lb BT 1.Bd. S.341

³ Binding Lb BT 1.Bd. S.341; Hirschberg a.a.O. S. 279

⁴ Lb BT 1.Bd. S.239

⁵ Lb BT 1.Bd. S.239

⁶ Merkel Krim.Abh.II S.102; Binding Lb BT 1.Bd. S.343: Wo kein Recht, da kein Betrug; Roterberg a.a.O. S.217

⁷ Binding Lb BT 1.Bd. S.341

Bei der Bestimmung der Vermögensbeschädigung als Tatbestandsmerkmal des Betruges kann die juristische Lehre entsprechend ihrer Ausgangsposition immer nur die Beeinträchtigung eines einzelnen Rechtes prüfen. Nach ihr ist Betrug "Rechtsraub"¹. Schaden an seinem Vermögen erleidet derjenige, der "ohne die Billigung des Gesetzes um sein Vermögensrecht oder um die Sache, an der es besteht oder um die Möglichkeit seiner vollen Ausübung gebracht wird, sowie derjenige, dem nicht geleistet wird, was er rechtlich zu fordern hat und dem grundlos eine Leistungspflicht auferlegt wird, ganz einerlei, ob wirtschaftlich sich jene Einbuße als Verlust oder aber ganz ausnahmsweise als Gewinn darstellt".²

Dieser Schadensbegriff, der auf den einfachen Nenner gebracht werden kann, daß ein Betrugsschaden immer dann vorliegt, wenn der Getäuschte infolge der Täuschung eine Aufwendung aus seinem zivilrechtlich bestimmbaren Vermögen gemacht hat³, bietet der Praxis eine gegenüber der wirtschaftlichen Betrachtungsweise teils eingeengte, teils erweiterte Anwendungsmöglichkeit des Betrugstatbestandes.

Eine Begrenzung der Strafbarkeit ergibt sich aus dem engeren Vermögensbegriff: der Eingriff in ein nur "faktisches" Vermögen kann nicht als Betrug bestraft werden. Wer dem Dieb durch Täuschung die Beute entzieht, führt keine Vermögensbeschädigung herbei, denn der Besitz an der Diebesbeute gehört nicht zum rechtlich geschützten Vermögen. Ebenso verhält es sich beim sog. "Komplizenbetrug" unter Mittätern um den Anteil an der Verbrechensbeute. Auch wer von einer Schwangeren für ein untaugliches Abtreibungsmittel Geld erschwindelt, verursacht wegen der Nichtigkeit des Anspruchs keinen Vermögensschaden, zumal der der Getäuschten zugefügte wirtschaftliche Schaden vom Zivilrecht gem. § 817 S.2 BGB ausdrücklich ignoriert wird⁴.

Schließlich führt die juristische Theorie noch zu einer Ablehnung der Strafbarkeit wegen Betruges, sofern eine nur wirt -

¹ Binding Lb BT 1.Bd. S.341

² Binding Lb BT 1.Bd. S.240 und DJZ 16. Jg. S. 553 ff, 561; Votum GS 43, 402

³ vgl. RGSt 16, 4

⁴ vgl. Binding Lb BT 1.Bd. S.343

schaftlich meßbare Wertbeeinträchtigung durch betrügerische Entziehung von Gewinnaussichten oder sonstigen Anwartschaften erfolgte¹.

Dagegen erreicht die juristische Lehre bei der Bestimmung des Schadens eine beachtliche Erweiterung, indem sie diese in das Belieben des Geschädigten stellt². Nur was der Getäuschte als Ausgleich gelten läßt, gleicht seinen rechtlichen Nachteil aus und verhindert die Vermögensbeschädigung. Lediglich durch das zivilrechtliche Institut der Genehmigung kann ein Wegfall des Schadens erfolgen³. Die Beschädigung des Vermögens kann daher auch nicht nach objektiven Gesichtspunkten beurteilt werden. Da sie sich nach der subjektiven Auffassung des Geschädigten richtet, fehlt es an einem allgemein gültigen Maßstab. Die juristische Lehre wird aus diesem Grunde zum Mißfallen Bindings⁴ auch als subjektive Vermögenstheorie bezeichnet.

Der Vermögensschaden wird nach der juristischen Betrachtungsweise grundsätzlich auch ohne die wirtschaftliche Wertminderung bejaht. Betrug als Schädigung an einem Recht ist auch an wertlosen Gegenständen möglich. Da allein maßgebend ist, ob der Getäuschte das erhält, worauf er rechtlich einen Anspruch hat⁵, bietet diese Lehre die Möglichkeit, auch dort wegen vollendeten Betruges zu bestrafen, wo der durch die Täuschung verursachte

¹ Bei konsequenter Befolgung könnte die rein rechtliche Betrachtungsweise auch die betrügerische Erlangung eines Kredits nicht als Betrug bestrafen, da der Abschluß mit einem Zahlungswilligen oder unfähigen den juristischen Vermögensbestand unbeeinträchtigt läßt. Eine rechtliche Einbuße tritt ja mit Rücksicht auf den gleichzeitigen Zuwachs eines Rechtes in Gestalt des Rückzahlungsanspruches nach § 607 I BGB nicht ein. Hier verzichtet jedoch auch Binding auf die formal-juristische Einkleidung seines Vermögensbegriffs, indem er dort ein "Minus im Rechtssinne" konstruiert, wo jemand sein Geld erhält, obgleich er Zahlung zu fordern hat. Damit sieht er den Schaden allerdings entgegen den Grundsätzen seiner Lehre im Ausbleiben der Gegenleistung (vgl. Binding Lb BT 1.Bd. S.357)

² Maurach BT S. 285

³ so Binding Lb BT 1.Bd.S.360 anhand von Beispielen; vgl. auch Bockelmann, Kohlrausch-Festschrift S.236 und Maurach BT S.285

⁴ Lb BT 1.Bd.S.358

⁵ Binding Lb BT 1.Bd. S.337 ff, 352, 354; Hirschberg a.a.O. S.278, 293; a.A. z.T. Merkel a.a.O. S. 103 ff; vgl. auch Bockelmann, Kohlrausch-Festschrift S.236; Maurach BT S.285; Weizel Lb S.316; Votum GS 43,404

"Schaden" nicht materiell faßbar ist. Die ausschließliche Schädigung reiner Affektionsinteressen genügt diesen Voraussetzungen ebenso wie die bloße Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit¹.

Von dieser Ausgangsposition her kann die juristische Vermögenslehre natürlich auch bei völliger wirtschaftlicher Gleichwertigkeit der von der versprochenen abweichenden Gegenleistung die Beschädigung des Vermögens und damit den Betrug bejahen, denn der Getäuschte wird jedenfalls in seinem Bestand an Rechten geschädigt².

2. Die Lehre vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff

Die rein juristische Auffassung vom strafrechtlichen Vermögen, die infolge ihrer formal-rechtlichen Methode zur Bestimmung der Vermögenszugehörigkeit grundsätzlich die Verbindung mit wirtschaftlicher Bewertung nicht zuließ, konnte sich weder in der Strafrechtswissenschaft noch in der Praxis durchsetzen. Bereits Merkel, selbst einer der Gründer und Verfechter dieser Theorie, hatte in gewissen Grenzen dem wirtschaftlichen Wert bei der Schadensermittlung Bedeutung zuerkannt³ und mit seinen praktischen Folgerungen aus dieser Erkenntnis einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise vorgearbeitet. Die nähere Entwicklung einer wirtschaftlich orientierten Lehre vom Vermögen ist allerdings wesentliches Verdienst der reichsgerichtlichen Rechtsprechung. Bereits in der ersten Entscheidung über einen Betrugsfall, die in der offiziellen Sammlung veröffentlicht wurde⁴, vertrat das Reichsgericht einen wirtschaftlichen Standpunkt, indem es das Erschwindeln von Gegenständen, welche dem Täter zur Sicherung einer ihm gegen den Getäuschten zustehenden Forderung dienen sollten, als eine durch die Tatsache des Besitzes verbesserte Gestaltung der Vermögenslage und damit als Vermögensvorteil ansah.

¹ Binding Lb BT 1.Bd. S.354 ff, 360

² Die Bestrafung des Eingehungsbetruges durch die Täuschung über eine zwar preiswerte, aber persönlich unerwünschte Gegenleistung ermöglicht Binding Lb BT 1.Bd.S.359 freilich nur mit der juristisch zweifelhaften Konstruktion eines die Parteien bindenden Vorvertrages; anders Hirschberg a.a.O. S.294, der beim Eingehungsbetrug die Leistung des Verletzten als Angriffsobjekt bezeichnet.

³ siehe oben S. 17 Fn.1

⁴ RGSt 1,55

Entscheidend wurde die Lehre von einem wirtschaftlichen Vermögensbegriff im Strafrecht dadurch gefördert, daß die Strafrechtswissenschaft auf dem Wege zu einer mehr natürlichen Betrachtung bestrebt war, sich von dem Einfluß begrifflicher Akzessorietät gegenüber dem Zivilrecht zu befreien, die noch auf der positivistischen Vorstellung von der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe beruhte und davon ausging, im Strafrecht verwandte bürgerlich-rechtliche Begriffe müßten nach zivilrechtlichen Grundsätzen behandelt und ausgelegt werden¹.

Die Grundlagen des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs wurden bekanntlich in der Plenarentscheidung des Reichsgerichts vom 20. April 1887² entwickelt. Die Vereinigten Senate entschieden hier im Falle eines Versicherungsnehmers, der auf feste Prämie versichern wollte und durch Täuschung bestimmt worden war, einer Gesellschaft auf Gegenseitigkeit mit Nachschußpflicht beizutreten, daß dessen Vermögen nicht bereits durch den mittels Täuschung bewirkten Vertragsabschluß beschädigt werde. Sie sprachen sich damit eindeutig gegen die juristische Theorie aus. Nach ihrer Ansicht liefert die Entstehungsgeschichte des Betruges jedenfalls genügend Hinweise dafür, daß es sich um ein materielles Delikt handelt, zu dessen Vollendung vom Gesetzgeber mit den Worten "wer das Vermögen eines anderen beschädigt" ein äußerer Erfolg gefordert werde. Vermögen im rechtlichen Sinne müsse daher die "Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen einer Person sein"³. Aus dieser Definition folgt der Begriff der Vermögensbeschädigung als eine Minderung des Wertes dieses Ganzen. Da solche Wertminderungen - jedenfalls in Zeiten der Geldwirtschaft - nur in Geld ausdrückbar sind, besteht eine Beschädigung des Vermögens im Sinne des § 263 RStGB in der dem Getäuschten nachteiligen Differenz zwischen dem Geldwert, "den sein Vermögen nach und infolge der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung tatsächlich hatte und demjenigen Geldwert, den es gehabt hätte, wenn die Täuschung nicht vorgekommen wäre"⁴.

¹ Bruns, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilrechtlichen Denken, Berlin 1938 S.15,227 ff; Goergen a.a.O. S.9; Votum GS 43,321 ff,353; a.A. noch Hirschberg a.a.O. S. 332

² RGSt 16,1 ff mit Votum GS 43,321 ff; vgl. auch Schumann a.a.O. S. 32

³ RGSt 16,3; Votum GS 43,367

⁴ RGSt 16,3

Der Schaden konnte nun nicht mehr von der juristischen Vermögenstheorie, von dem subjektiven Empfinden des Getäuschten abhängen. Vielmehr mußte auch der Maßstab für Verlust und Gewinn ein objektiv-wirtschaftlicher sein. Das Reichsgericht trug persönlichen Interessen jedoch insofern Rechnung, als es zur Schadensfeststellung auch auf die individuellen Verhältnisse des Getäuschten abstellte. Es ging dabei von der Vorstellung aus, der Wert des Vermögens jedes einzelnen werde entscheidend von der Benutzbarkeit und der Benutzungsart des jeweiligen Gegenstandes bestimmt und sei damit abhängig von den "persönlichen Eigenschaften des Inhabers desselben, seinem Stand, seinem Beruf und den von ihm nach Maßgabe dieser Faktoren verfolgten Vermögenszwecke"¹. Diese besonderen Zwecke könnten allerdings nur insoweit Beachtung finden, als sie wirtschaftlicher Wertung zugänglich sind. Ein Schaden an bloßen Affektionswerten etwa bleibe unberücksichtigt, da er keine objektive Wertminderung verursacht².

Da die Lehre vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff die Gesamtheit der auf Täuschung und Irrtum beruhenden Verfügungen des Getäuschten bei der Schadensberechnung berücksichtigt, beachtet sie als Rechnungsfaktoren auch diejenigen Wirkungen, die den Wert des Vermögens erhöhen. Ein Schaden ist in solchen Fällen nur dann vorhanden, wenn der Geldwert der vermögensmindernden Faktoren überwiegt. Diese schadensausgleichende Wirkung tritt allerdings nur bei "äquivalentem Erwerb", d.h. nur dann ein, wenn der Kausalzusammenhang, der zwischen Täuschung und Leistung des Geschädigten gefordert wird, auch zwischen Täuschung und Gegenleistung des Täuschenden besteht³.

Nach Auffassung des Reichsgerichts ergibt sich aus seinem Vermögensbegriff auch die Zugehörigkeit solcher Werte zum Vermögen, die noch nicht den Grad subjektiver Rechte erlangt haben und daher von der juristischen Theorie auch nicht als Vermögensbestandteile anerkannt werden, z.B. Gewinnaussichten und ähnliche wirtschaftliche Anwartschaften⁴. Andererseits sah das Reichsgericht bereits in der bloßen Gefährdung des Vermögens einen Schaden,

¹ RGSt 16,6

² RGSt 16,10

³ RGSt 16,5

⁴ RGSt 16,11

wenn sie so erheblich ist, daß der Vermögenswert in der Gegenwart bereits wirtschaftlich gemindert ist¹.

In einer späteren, für die Entwicklung der wirtschaftlichen Vermögenslehre nicht minder bedeutsamen Entscheidung nahmen die Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts zur Frage Stellung, ob die Strafdrohung des Betruges nur für den Eingriff in rechtlich geschütztes Vermögen Geltung habe². Sie stellten fest, daß es kein gegen Betrug ungeschütztes Vermögen gibt³ und begründeten damit die strafrechtliche Schutzwürdigkeit wirtschaftlicher Interessen ohne Einfluß ihrer zivilrechtlichen Bewertung.

Unter Betonung der Notwendigkeit einer "natürlichen Anschauung der Dinge" erklärte das Reichsgericht einige Frauen, die auf Grund einer Täuschung für unwirksame Abtreibungsmittel Geld gezahlt hatten, im Sinne des Betrugstatbestandes für geschädigt. Da der Vermögensbegriff in erster Linie ein Begriff des wirtschaftlichen Lebens sei, könne der wegen § 138 BGB entfallende Erfüllungsanspruch für die Verneinung eines Schadens im betrugsrechtlichen Sinne nicht den Ausschlag geben. Das Reichsgericht stellte allein auf die Tatsache ab, daß die Frauen aus ihrem Vermögen infolge der Täuschung den zur vermeintlichen Erfüllung des Vertrages erforderlichen Geldbetrag gezahlt hatten. Damit klärte es auch die für die Feststellung des Vermögensschadens maßgebliche Vorfrage, ob das Ausbleiben der nicht zu beanspruchenden Gegenleistung oder die Hingabe der eigenen Leistung ausschlaggebend sei, eindeutig in letzterem Sinne. Nur wenn ein und dasselbe Ereignis Vorteil und Nachteil bringt, sind beide zur Berücksichtigung eines möglichen Schadensausgleichs gegeneinander abzuwägen⁴. Unter der ausdrücklichen Betonung der Selbständigkeit des strafrechtlichen Vermögensbegriffs auch gegenüber den bürgerlich-rechtlichen Regelungen der Schadensausgleichung⁵ erweiterte und vereinfachte

¹ RGSt 16, 11

² Beschluß vom 14.12.1910 = RGSt 44, 230 ff; bis dahin hatte das RG stets bei unsittlicher oder strafbarer Gegenleistung den Betrugsschaden abgelehnt: RGSt 19, 186; 21, 161; 27, 300; 36, 342; 37, 30; 37, 161

³ RGSt 44, 232

⁴ RGSt 44, 236, 237

⁵ RGSt 44, 243

das Reichsgericht den in RGSt 44, 233 begründeten wirtschaftlichen Vermögensbegriff durch folgende Definition: "Vermögen ist die Summe der geldwerten Güter einer Person".

III. Entwicklung des Vermögensbegriffs in der Strafrechtslehre

Die wirtschaftliche Auffassung vom strafrechtlichen Vermögen fand, zumindest als Ausgangsposition für die Feststellung einer Vermögensbeschädigung im Rahmen des Betrugstatbestandes, bereits zur Zeit ihrer Begründung durch das Reichsgericht sowie unmittelbar danach in der Lehre weitgehende Zustimmung², da man dieser von tatsächlichen Wertverhältnissen ausgehenden Anschauungsweise³ gegenüber einer ausschließlich formal-juristischen Behandlung, wie sie die juristische Vermögenstheorie bot, den Vorzug gab. Auf scharfe Ablehnung stieß der wirtschaftliche Vermögensbegriff damals lediglich bei Binding⁴, der es für völlig ausgeschlossen hielt, daß jede bloße "Abminderung eines Vermögensbestandes" eine Vermögensschädigung sei⁵. Später bezog auch Hirschberg gegen eine auf den wirtschaftlichen Gesamtwert eines Vermögensbegriffes abstellende objektive Auffassung Stellung und gab der von Binding vertretenen Meinung den Vorzug⁶.

Auf diese Einzelmeinungen blieb die grundsätzliche Kritik an der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Tatsächlichkeiten durch die Betrachtungsweise des Reichsgerichts beschränkt. Die rein

¹ RGSt 44, 233

² so aus der älteren Literatur mit allerdings z.T. unterschiedlicher Auffassung zu einzelnen Fallgruppen: Engelhard "Kann Betrug begangen werden durch Vorspiegelung einer gesetzwidrigen oder unsittlichen Gegenleistung?" Diss. Heidelberg 1905, S. 11, derselbe in ZStW Bd. 33, 133 ff; Eckstein "Streitfragen aus der Lehre vom strafbaren und straflosen Betrug" GA Bd. 58, 66 ff, 72; Schumann a.a.O. S. 36 ff; Schober "Die Vermögensdisposition des Getäuschten beim Betrug" Diss. Greifswald 1914, S. 33, 38, 47 ff mit ausführlichen Lit. Angaben; v. Liszt-Schmidt Lb S. 668; Olshausen Komm. Anm. 18 I zu § 263

³ vgl. Grünhut SchwZStR 1934, 452 ff, 459: "Ein Stück unmittelbarer Lebenswirklichkeit!"

⁴ vgl. Anm. zu RGSt 44, 230 ff in DJZ 16. Jg. S. 553 ff; ähnliche Kritik zuvor bei Stenglein a.a.O. S. 81 ff und Roterberg GS 67, 186 ff

⁵ DJZ 16. Jg. S. 562

⁶ Hirschberg a.a.O. S. 279; auch Gerland Lb S. 560, 561 sah im Vermögen einen reinen Rechtsbegriff

juristische Theorie fand keine weiteren Anhänger mehr¹. Dagegen gewann die ökonomische Auffassung auch im Zuge der Verselbständigung des Strafrechts immer mehr an Boden². Während noch etwa bis zum Jahre 1930 zwischen den Verfechtern der ökonomischen und der juristischen Theorie Streit über die grundsätzliche Geltung ihrer jeweiligen Auffassung von der Ermittlung des Betrugsschadens herrschte, ist seither in der Literatur eine Verlagerung des Schwerpunktes der betrugsrechtlichen Problematik festzustellen. Man ist sich weitgehend einig darüber, daß der ökonomischen Betrachtungsweise als Ausgangsposition zur Bestimmung des strafrechtlichen Vermögensbegriffs der Vorzug gebührt³. Uneinigkeit besteht dagegen in der Behandlung der Frage, ob und inwieweit man dieser Lehre auch dort folgen soll, wo die Beschädigung an solchen Sachen oder "Rechten" eingetreten ist, die vom Getäuschten selbst sitten- oder rechtswidrig erworben worden sind. Sollte hier der juristisch nichtige Erwerb für die Ablehnung oder die wirtschaftliche Tatsächlichkeit für die Bejahung des Vermögensschadens den Ausschlag geben?

In der Lehre bildete sich speziell für die Beantwortung dieser Frage eine vermittelnde, juristisch-ökonomische Vermögenstheorie, die in Anlehnung an RGSt 66,285 als Vermögen die Summe der jemandem unter dem Schutz der Rechtsordnung zu Gebote stehenden

¹ Kohlrausch, Schlegelberger-Festschrift 1936, 203 ff, 222 befürwortet zwar auch die Subjektivierung des Schadensbegriffs, aber unter weitgehender Beibehaltung der wirtschaftlichen Ausgangsposition; ebenso Gallas, Gleispach-Festschrift 1936, 50 ff, 56 mit einer rechtspolitisch bestimmten Auslegung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs, derselbe wieder davon abweichend in ZAKDR 1940, 246 und besonders in Eb.-Schmidt-Festschrift 1961, 401 ff, 430

² Grünhut "Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen" RG-Festgabe V, 116 ff, 119, derselbe in JW 1932, 2434 und SchwZStR 1934, 452 ff, 459; Kahn a.a.O. S.26 mit weiteren Nachweisen; Mezger DR 1937, 1289 ff mit subjektivierender Ausdehnung bei der Schadensbestimmung; Bruns a.a.O. S.20, 55 bes. 227 ff; Schlosky/Klee DStR 1941, 41

³ so verzichtet etwa Bockelmann, Kohlrausch-Festschrift 1944, 236, 246 bereits auf die nähere Untersuchung einer Berechtigung für die juristische Theorie; vgl. ferner Entholt "Sicherungsbetrug und Sicherungserpressung" Diss. Göttingen 1951 S.8,9; Lehmann "Der Vermögensbegriff beim Betrug" Diss. Leipzig 1940 S.56 ff, 58

wirtschaftlichen Werte und ihre tatsächliche Realisierbarkeit eines Wertes allein nicht das alleinige Kriterium der Vermögenszugehörigkeit und nicht gelten, wenn dem Getäuschten wegen Rechts- oder Sittenwidrigkeit des Erwerbs kein prozessual durchsetzbarer Anspruch zusteht. Sie kommt damit im Ergebnis zu einer Begrenzung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise durch rechtliche Gesichtspunkte².

Eine Gesamtbetrachtung der Literatur zum Betrugsstrafrecht führt zu dem Resultat, daß die Lehre heute ganz überwiegend, wenn auch teils mit verschiedener Formulierung und unterschiedlichen Auffassungen innerhalb einzelner Fallgruppen, bei der Bestimmung des Betrugsschadens dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff folgt³, der ja als Ausgangsposition auch von den Vertretern der juristisch-ökonomischen Theorie sowie von den Anhängern eines personalen Vermögensbegriffs⁴ anerkannt wird.

Die rein juristische Vermögens Theorie wird nicht mehr vertreten, obwohl sich gerade die durch Subjektivierung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs erzielten Ergebnisse der um eine Ausweitung des Betrugsstrafrechts bemühten Richtung in Praxis und Lehre⁵, deren Untersuchung sich diese Arbeit zur Aufgabe gestellt hat, nach der juristischen Betrachtungsweise in den meisten Fällen recht ein-fach durch den bloßen Nachweis der Verletzung eines Rechtes be-gründen ließen.

¹ so bereits Schumann a.a.O. Strafr.Abh.138,42; ferner Frank Komm. Anm.V 3 c zu § 263; Nagler LK 6./7.Aufl.Vorbem.II 1 vor § 249; derselbe in ZAKDR 1941,294; Sauer, System des Strafrechts BT S.90; Welzel Lb S.315; Franzheim "Zur Strafbarkeit des Komplizen- und Dürnenlohnbetruges" GA 1960,269 ff; Gutmann "Der Vermögensschaden beim Betrug im Lichte der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung" MDR 1963,3 ff,5; auch Lange, Komm Kohlrausch-Lange Anm.V 1 zu § 263 sowie ZStW 68,645, kommt mit seinem materialen Vermögensbegriff der jur.-ökonomischen Betrachtungsweise sehr nahe, denn er rechnet lediglich zum Vermögen auch noch das, was "jemandem ohne Mißbilligung durch die Rechtsordnung zu Gebote steht oder zukommt".

² Da die mit der wirtschaftlichen Auffassung differierenden Ergebnisse der jur.-ökonomischen Lehre sich nur im Bereich rechts- oder sittenwidrigen Erwerbs auswirken, ist zu ihr lediglich insoweit Stellung zu nehmen, als sie Nagler, s.unten S.67, als geeignet bezeichnet, immateriellen Werten gerecht zu werden.

³ Benünke-Schröder Anm.VII zu § 263; Jagusch LK Vorbem.II 1 b vor § 249; Oalcke-Fuhrmann-Schäfer Anm.7 a zu § 263; Schwarz-Dreher § 263 Anm.5 A; Maurach BT S.286; Mezger StUB II S.177; Niethammer BT S.286; Bruns, Mezger-Festschrift 1954,335 ff,359; Niese NJW 1952,681; Schröder ZStW 60,51; Kollmann JR 54,97

⁴ siehe oben S. 5 Fn.1

⁵ siehe oben S. 2 ff

IV. Die Judikatur zum strafrechtlichen Vermögensbegriff

1. Rechtsprechung des Reichsgerichts

Ein Blick auf die neuere höchstrichterliche Betrugsrechtsprechung zeigt, daß die Auffassung der Judikatur heute noch wesentlich durch die Entscheidungen des Reichsgerichts zur Auslegung des Vermögensbegriffs bestimmt wird. Die reichsgerichtliche Praxis selbst ist zwar nach dem Wortlaut ihrer jeweiligen Entscheidungsbegründungen der durch RGSt 16,1 ff entwickelten wirtschaftlichen Vermögenstheorie gefolgt. Mißt man jedoch die Ergebnisse an den Grundsätzen dieser Lehre, so ergeben sich nicht selten erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit ihres materiellen Gehalts mit der Grundvorstellung von einem wirtschaftlichen Vermögensbegriff. Es ist daher zunächst eine Durchmusterung der Judikatur des Reichsgerichts erforderlich, um feststellen zu können, ob und inwieweit es berechtigt ist, eine erweiterte Auffassung vom strafrechtlichen Vermögen überhaupt oder in bestimmten Einzelfällen noch auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu stützen.

Aus der Fülle des Materials kann allerdings zur Untersuchung und Charakterisierung bestimmter Tendenzen nur eine Anzahl wichtiger Entscheidungen ausgewählt werden. Dabei ist es nicht immer möglich, die zwar begrifflich klare, aber in der Praxis fließende Grenze zwischen der Bestimmung von Vermögenszugehörigkeit und Schaden zu wahren. Zwischen beiden Faktoren besteht eine funktionale Abhängigkeit¹, die das Reichsgericht wiederholt veranlaßte, gerade in Grenzfällen die Intensität einer Beeinträchtigung als Kriterium für die Bejahung beider Merkmale genügen zu lassen².

a) Zugehörigkeit zum Vermögen

aa) Anwartschaften

Neben der bereits von RGSt 16,1 ff (11) ausdrücklich als Vermögensbestandteil bezeichneten Gewinnaussicht rechnet das Reichsgericht auch eine Reihe weiterer Anwartschaften zum Vermögen, soweit sich diese nach seiner Ansicht zu einem wirtschaftlich meßbaren Wert verdichtet hatten. Ungeachtet eines rechtlichen

¹ vgl. Gallas, Eb.-Schmidt-Festschrift 1961, 401

² so RGSt 76,49, wo das Gericht allein aus dem Grad der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des getäuschten Vertragsteils durch den Abschluß des unerwünschten Vertrages auf Vermögenszugehörigkeit und Schaden schloß.

Inanspruchnahme auf den zu erwartenden Gewinn ließ das Reichsgericht die aus der wirtschaftlichen Lage abzuleitende Wahrscheinlichkeit eines künftigen Nutzens ausreichen. So stellte RGSt 51,204(209) fest, daß die Aussicht einer Gerberei auf staatliche Lederzuteilung in Notzeiten für die Gerberei selbst wertbestimmend sein kann, so daß diese mit einer solchen Anwartschaft im Verkehr einen höheren Wert hat und die Beeinträchtigung ihrer Aussicht zu einer Vermögensbeschädigung führt. RGSt 60,421,422 vertrat die Auffassung, daß die unwahre Mitteilung eines Kommissionärs, er habe die in Auftrag gegebenen Börsenpapiere gekauft, eine für den Kommittenten ungünstigere Rechtslage herbeiführt, die einen wirtschaftlichen Minderwert seines Vermögens bewirken kann. Nach RGSt 63,187(191) vereitelt der Beamte einen wahrscheinlichen Vermögenszuwachs seiner Behörde und schädigt diese, indem er sie zur Abwendung seiner Herausgabepflicht über den Empfang von Bestechungsgeldern täuscht. In dem Erschleichen eines Preisnachlasses erkannte RGSt 64,181,182 den Vermögensschaden des Verkäufers, sofern feststellbar war, daß der Angeklagte auch zu dem für ihn maßgeblichen Auslandspreis gekauft hätte. Der Kundenkreis eines Gewerbetreibenden wurde von RGSt 71,334 als Vermögensbestandteil im wirtschaftlichen Sinne gewertet.

RGSt 73,382 erblickte bereits darin eine Vermögensbeeinträchtigung, daß durch Täuschung der Zuschlag auf ein Angebot erreicht und hierdurch anderen Beteiligten die sichere Anwartschaft, die das Reichsgericht aus den sonstigen Beziehungen zwischen Besteller und Lieferfirma herleitete, entzogen worden war.

Von einem recht formalen Standpunkt aus sah dagegen RGSt 59,289 die Zuweisung einer Wohnung an einen zu Unrecht bevorzugten Bewerber lediglich als Vereitelung einer nicht zum Vermögen gehörenden tatsächlichen Möglichkeit an. Auch die durch Täuschung veranlaßte Bekanntgabe einer Bezugsquelle für bestimmte Waren wertete RGSt 74,317 nur dann als eine vermögenszugehörige Anwartschaft, wenn durch die Bekanntgabe eine dem Getäuschten eingeräumte monopolähnliche Stellung beeinträchtigt worden war.

bb) Besitz

Bereits der bloße Besitz wurde vom Reichsgericht als Vermögenswert aufgefaßt, wobei es aber teils auf die mit dem Besitz verbundenen rechtlichen Funktionen, z.B. die Rechts- und Legitimations-

wirkung zur Eigentumsverschaffung gem. §§ 929 ff BGB, teils auf die faktische Möglichkeit des Besitzers, über die Sache wie ein Eigentümer zu verfügen, abstellte¹.

cc) Klaglose Forderungen

Der klaglosen Forderung kommt nach RGSt 36,205(208) Vermögenswert zu, sofern ihr ein zahlungswilliger Schuldner gegenübersteht. RGSt 40,21(29)² nannte als Kriterium für die Zugehörigkeit einer "Forderung" aus einem unerlaubten Spielvertrag zum Vermögen neben der Zahlungswilligkeit des Schuldners die Hoffnung, "dieser werde mit Rücksicht auf seinen Ruf und den Ertrag ähnlicher Veranstaltungen sich schließlich doch zur Zahlung bequemen (!)". Dagegen entschied RGSt 65,106(109), die Vermögensgefährdung eines Getäuschten, der mit einem böswilligen Partner eine vertragliche Beziehung durch Immobilienverpfändung für dessen Schuld eingegangen war, werde nur dann ausgeglichen, wenn die Rückbürgschaft rechtsverbindlich war und gegen die damalige und künftige Zahlungsfähigkeit des Schuldners keine Bedenken bestanden. In Widerspruch hierzu erklärte dagegen RGSt 66,281 die privatrechtliche Klagbarkeit als unbeachtlich für die Zurechnung einer Wertposition zum strafrechtlichen Vermögensbegriff.

dd) Rechts- oder sittenwidrig erworbene Gegenstände

Auch zur Frage der Vermögenszugehörigkeit von Werten, die der Getäuschte zwar rechts- oder sittenwidrig, aber doch faktisch durch eine tatsächliche Verfügungsmöglichkeit realisieren konnte, ist die reichsgerichtliche Rechtsprechung uneinheitlich.

So wurde der Betrug unter Mittätern bestraft³, dann aber in RGSt 70,9 zu § 266 StGB festgestellt, daß die Vereinbarungen zwischen Dieb und Hehler über die Verwertung einer gestohlenen Sache gem. § 138 I BGB rechtsunwirksam seien und nur ein Verhältnis tatsächlicher Art begründen könnten. Dieses sei auf das Vermögen der Betroffenen ohne Wirkung, denn "eine Rechtsordnung, die sich dafür einsetze, daß das gegen ihren eigenen Bestand gerichtete Zusammenwirken von Dieb und Hehler ungestört verlaufe, würde sich selbst aufgeben". Damit kehrte das Reichsgericht zu einer

¹ vgl. RGSt 1,55, 39,338, 41,265, 42,181, 52,154, 75,62(64)

² bestätigt in RGSt 44,230(234)

³ RGSt 56,3; vgl. auch RG LZ 1922 Sp.367

Auffassung zurück, welche es zuvor sachlich vertreten hatte, die aber durch den Plenarbeschluß vom 14. 12. 1930 überholt zu sein schien¹. Auch RGSt 65, 271 (100) entschied im gleichen Sinne, daß derjenige, der für einen anderen dessen Rechte aus einer Wohnungsdringlichkeitsbescheinigung gegen Entgelt an einen Dritten abtritt und einen Teil des Erlöses für sich behält, nicht des Betruges schuldig sei, da die Ansprüche, von deren Verfolgung er den anderen abhält, "keinen rechtlichen Bestand" hätten. Auf die wirtschaftliche Bestimmung des Vermögensbegriffs verzichtete das Reichsgericht ferner in RGSt 66, 281 (285), indem es nur solche wirtschaftlichen Belange einer Person zu deren Vermögen zählte, "die unter dem Schutz der Rechtsordnung betätigt oder in einem geordneten Verfahren verwirklicht werden können".

b) Ermittlung einer Vermögensbeschädigung

aa) Grundsätze der Schadensberechnung

Bereits RGSt 9, 171 (172) entschied, die Vermögensbeschädigung könne auch darin liegen, daß der gekaufte Gegenstand für den Käufer ungeachtet eines objektiv angemessenen Kaufpreises keinen Wert habe, da ihm eine Verwendung für denselben fehle. Auch RGSt 9, 362 (363, 364) stellte schon für die Schadensberechnung beim Grundstückstausch auf die individuellen Verhältnisse des Getäuschten ab. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung folgte dann nach dem Plenarbeschluß vom 20. April 1887 (RGSt 16, 1 ff) bei der Schadensermittlung weitgehend dem dort entwickelten Grundsatz der Gesamtsaldierung unter objektiv-individueller Berechnung des Vermögenswertes vor und nach der Verfügung². Auch die bereits von RGSt 16, 1 ff (11) auf der Basis wirtschaftlicher Betrachtung erkannte Möglichkeit einer Schadensentstehung durch bloße Gefährdung des Vermögens wurde von der späteren reichsgerichtlichen

¹ RGSt 19, 186, 27, 300, 36, 434, 37, 30, 37, 161, 38, 423; vgl. auch RG JA 42, 119; dagegen a.A. RGSt 15, 318, 17, 364

² siehe oben S. 22

so RGSt 23, 434, 435 für den Fall des Aktienkaufs zum Börsenkurs durch Berücksichtigung des mit dem Erwerb verbundenen besonderen wirtschaftlichen Zwecks; auch RGSt 49, 21, 23 und 66, 337, 338 sowie RG HRR 1935 Nr. 1351 stellen auf die jeweiligen individuellen Verhältnisse der Getäuschten ab; vgl. ferner RGSt 68, 212, das beim Erwerb eines Kunstwerks zwischen Liebhaber- und Gebrauchswert unterscheidet

Judikatur in der Regel dann bejaht, wenn die wirtschaftliche Stellung des Vermögensträgers durch die Gefahr eines Verlustes schon derart beeinträchtigt worden war, daß dies einer eingetretenen Vermögensminderung gleichkam¹.

Gleichfalls Beachtung fand der von RGSt 16,1 (10,11) bei der Bestimmung des Zeitpunktes zur Schadensberechnung entwickelte Unterschied zwischen dem Betrug bei Eingehung und dem bei Erfüllung eines Vertrages. Im ersten Fall hat die Gegenüberstellung zwischen dem Wert der vom Getäuschten übernommenen Verpflichtung und dem der Gegenleistung des Täuschenden zur Zeit des Vertragsabschlusses zu erfolgen², während beim Erfüllungsbetrug der Wert des Vertragsrechtes des Verletzten vor der Täuschung mit der als Erfüllung gewährten Leistung des Täuschenden zu vergleichen ist³.

bb) Vermögensbeschädigung im Grenzbereich wirtschaftlicher Faßbarkeit

Die allgemeine Beachtung der Grundsätze wirtschaftlicher Schadensberechnung durch die reichsgerichtliche Judikatur weicht mitunter einer bereits bei der Untersuchung der Rechtsprechung zum Vermögensbegriff beobachteten Uneinheitlichkeit und Inkonsequenz, sobald Interessen im Spiele sind, die dem Reichsgericht schutzwürdig erscheinen, sich aber teilweise oder völlig der erforderlichen faktischen Wertermittlung entziehen. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise versagt ja ihrem Wesen nach im Gegensatz zur juristischen Auffassung den Schutz gegen eine Beeinträchtigung von ideellen Werten oder Affektionsinteressen, sofern diese sich nicht in einer materiellen Wertminderung auswirkt⁴. RGSt 9,171(172) entschied in diesem Sinne, daß eine Vermögensbeschädigung nicht anzunehmen sei, wenn der Käufer über die Herkunft einer bestimmten Ware getäuscht werde, diese aber nach Art und Güte dem gezahlten Kaufpreis entspreche. Auch der unter Täuschung bewirkte Abschluß mit einer anderen als der gewünschten Versicherungsgesellschaft wurde von RGSt 28,311 bei gleicher Vermögenslage der Gesellschaften und gleichen vermögensrechtlichen Leistungen nicht als Schädigung angesehen. Folgerichtig lehnten RGSt 74,167 für die Frage,

¹ RGSt 66,409(411), 73,61(63), 76,193; RG JW 1934,837

² so RGSt 68,379, 74,129, 76,49; RG HRR 1935 Nr.1100, 1941 Nr.169; RG DR 1944,803

³ RGSt 73,383,384

⁴ siehe oben S. 22

ob der Getäuschte beim Vertragsschluß auf die RG HRR 1941 Nr. 658 für die erforderliche Beweislast bei der Beweisausübung eine nach § 2 StGB a.F. unrichtige Analogie ab, da es an dem Merkmal der Vermögensschädigung fehle und die entsprechende Anwendung in solchen Fällen zu einer völligen Veränderung des Wesens des Betruges als einer gegen das Vermögen gerichteten Straftat führen würde¹. Dagegen scheint RGSt 76,49 die Vermögensbeschädigung bereits in dem durch Täuschung bewirkten unerwünschten Vertragsabschluß zu erblicken. Diese Entscheidung erweckt auf den ersten Blick den Eindruck, als lasse das Reichsgericht für die Annahme des Schadens die subjektive Auffassung des Getäuschten den Ausschlag geben, da es in seinem Leitsatz nicht auf den Wertvergleich zwischen Leistung und Gegenleistung, sondern auf die Unerwünschtheit des Vertrages schlechthin abstellt. Ähnlich hatte zuvor RG HRR 1938 Nr. 352 den Vermögensschaden eines Kaufliebhabers darin gefunden, daß dieser sich infolge Täuschung in vertragliche Beziehungen zu einem böswilligen Partner einließ, obwohl letzterer in der Lage war, zu einem wenn auch höheren, aber doch noch angemessenen Preis zu liefern.

Die Urteilsgründe zu RGSt 76,49 verdienen doch eine nähere Erörterung, da gerade aus dieser Entscheidung Folgerungen für eine Ausweitung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs gezogen werden, die sie ihrem inneren Gehalt nach nicht in dieser Allgemeinheit deckt².

Die Angeklagten erreichten den Abschluß von Versicherungsverträgen, indem sie vortäuschten, es handele sich um Sparverträge. Das Reichsgericht prüfte die Frage des Vermögensschadens unter dem Gesichtspunkt des Eingehungsbetruges beim gegenseitigen Vertrag. Es ging davon aus, daß beim Versicherungsvertrag grundsätzlich der Anspruch auf die Versicherungsleistung nach dem Eintritt des

¹ vgl. hierzu Gallas "Zur Frage nach dem Verletzten beim Betrugsdelikt" ZAKDR 1940,246

² Nagler LK 6., 7. Aufl. Vorbem. III 2 a vor § 249 schließt daraus auf die allgemeine Anerkennung der Dispositionsfreiheit als Grundlage eines Vermögensschadens; ebenso Jagusch LK 8. Aufl. Vorbem. III 3 d cc; auch die Rechtsprechung stützt Subjektivierungen bei der Schadensermittlung auf RGSt 76,49 = DR 1942,1145, so OLG Celle Nds RPfl 56,210; BayOLG MDR 1962,70

Versicherungsfalles als wirtschaftlicher Ausgleich für die Verpflichtung zur Prämienzahlung gelte. Das Gericht prüfte sodann die Frage, ob die nicht unerheblichen, für lange Zeit eingegangenen Zahlungsverpflichtungen es den Betroffenen unmöglich machten, ihr zukünftiges Einkommen ihren Bedürfnissen entsprechend zu verwenden oder ob die eingegangenen Lebensversicherungen für die Getäuschten überhaupt unnütz waren. Ausdrücklich dahingestellt ließ es, ob in dem irreführenden Aufreden einer zwar an sich wertvollen, aber unerwünschten Leistung ein Vermögensschaden zu erblicken sei.

Damit legte das Reichsgericht für die Feststellung des Betrugs - schadens doch den gebotenen individuell-objektiven Maßstab an. Allerdings erweckt es mit seiner abschließenden, recht zusammenhanglos wiedergegebenen Ansicht, die Unerwünschtheit des Vertrages müsse entscheidende Beachtung finden und könne allein schon zur Annahme der Beschädigung führen, wieder Zweifel an seiner Übereinstimmung mit der von ihm betonten wirtschaftlichen Betrachtungsweise.

Aufschlußreich für die Gesamtbewertung der reichsgerichtlichen Judikatur zu dem angeschnittenen Problembereich sind ferner die zur Vermögensbeschädigung durch gutgläubigen Erwerb einer unterschlagenen Sache ergangenen Entscheidungen.

In RGSt 49,16 stellte das Reichsgericht unter Hinweis auf die §§ 932 ff BGB fest, derjenige, welcher infolge Täuschung eine unterschlagene Sache gutgläubig erwerbe, erleide keine Minderung seines Vermögens, da seine Vermögenslage hierdurch nicht schlechter gestaltet werde, selbst wenn er sich später veranlaßt sehen sollte, die Sache zurückzugeben. Weder die Prozessgefahr noch Gründe der "Wohlanständigkeit", die die Rückgabe veranlaßt haben mögen, hielt das Reichsgericht für geeignet, eine Vermögensbeschädigung zu erweisen. Dagegen bejahte RGSt 73,61¹ die Vermögensbeschädigung des gutgläubigen Erwerbers. Die mit dem Erwerb verbundene Prozessgefahr und die dadurch bedingten Aufwendungen an Geld, deren Ersatz oft ungewiß sei, sowie die Opfer an Zeit und Nervenkraft beeinträchtigen die wirtschaftliche Lage des Erwerbers. Sodann mache der "sittliche Makel", mit dem die Sache als ein vom Veräußerer durch strafbare Handlung erworbener Gegenstand behaftet sei, diese nach gesundem Volksempfinden als Vermögens-

¹ bekannt als Grundlage der sog. "Makeltheorie" des Reichsgerichts

stück minderwertig. Auch diesen Grund glaubte das Reichsgericht aus der herkömmlichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise ableiten zu können¹.

Weitere Anhaltspunkte zur Beurteilung ihrer Verwertbarkeit für die Ausdehnung des Vermögensbegriffs enthält die Rechtsprechung zur nicht bestimmungsgemäßen Verwendung zweckgebundener Mittel des Getäuschten.

In RGSt 50,316 sprach das Reichsgericht einen Heereslieferanten, der die vom Fiskus zugunsten der Arbeiter ausbedungenen Mindestlohnsätze nicht einhielt, von der Anklage des Betruges frei, da sich mit der vertragsgemäßen Lieferung der Ware das Vermögensinteresse des Staates erschöpfe und ein Wohlfahrtszweck im Rahmen des § 263 StGB unbeachtlich sei. Auch RGSt 73,382 bezeichnete das Interesse des Staates daran, Ware aus Notstandsgebieten zu beziehen, nicht als ausreichend für die Annahme eines Vermögensschadens², da ein solches Interesse des Getäuschten bei vermögensrechtlichen Abwägungen außer Betracht zu bleiben hätte. Dagegen stellte RGSt 70,33 fest, das Reichsvermögen werde beschädigt, wenn das Finanzamt einem nicht zugelassenen Händler staatliche Bedarfsdeckungsscheine einlöse. Die Möglichkeit eines Schadensausgleichs durch Wegfall der Verpflichtung des Staates gegenüber den berechtigten Empfängern lehnte das Reichsgericht unter Hinweis auf die Zweckgebundenheit der Mittel ab.³

Den Schadensausgleich durch eine mit dem Verlust eintretende Vermögensmehrung versagten auch RGSt 75,62 und RG DR 1941,2663. Im einen Fall erwarb der Täuschende feilabschnitte einer Kleiderkarte, deren Vermögenswert das Reichsgericht darin sah, daß sie den Erwerb von Spinnstoffen zu angemessenen Preisen ermöglichte. Da dieser Wert nicht aufgewogen werden könne, bleibe die Minderung,

¹ siehe unten S. 38 Fn.3 und S. 38 Fn.4

im Ergebnis gelangte es allerdings zur Strafbarkeit wegen Betruges gegenüber den Mitbewerbern, deren gesicherte Anwartschaft auf den Zuschlag beeinträchtigt worden sei; insoweit unrichtig die Kritik bei Bockelmann, Kohlrausch-Festschrift S.230

³ Es stützte sich auf RGSt 58,171, wonach in der Lieferung von Deputatkohle an einen Nichtberechtigten ungeachtet des wirtschaftlichen Ausgleichs infolge Wegfalls der Lieferungsverpflichtung gegenüber dem Berechtigten eine Vermögensbeschädigung der Zeche zu erblicken sei.

die der berechnigte Besitzer durch die Weggabe erleide, bestehen, selbst wenn er dafür ein Entgelt erhalte. Im anderen Fall Be - nutzte der Angeklagte eine durch Zeitablauf ungültig gewordene Fahrkarte und erreichte damit die Beförderung, verlor aber zu - gleich seinen Erstattungsanspruch gegen die Reichsbahn. Dies hinderte das Reichsgericht nicht an der Annahme einer Vermögens - beschädigung der Bahn, da der gemäß § 24 der Eisenbahnverordnung aus Billigkeitsgründen gewährte Rückerstattungsanspruch bereits durch unbefugte Änderung an der Fahrkarte entfallende, im übrigen auch sein Entstehen nicht auf der Täuschungshandlung beruhe.

Ähnlich aufschlußreich ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Vermögensbeschädigung durch Anstellungerschleichung, soweit sie Fälle betrifft, in denen sich der Täuschende den Anforderungen an seine Leistungen gewachsen zeigte.

Während RGSt 64,33(37) noch in recht vorsichtiger Formulierung die Vermögensbeschädigung bei der Anstellung auf Privatdienstvertrag durch eine Gemeinde im Hinblick auf die ungerechtfertigt hohen Bezüge für nicht ausgeschlossen hielt, wenn die Vorbildung des Erwerbers der üblicherweise für Bezüge in dieser Höhe zu fordernden Bildung nicht entsprach, stellte RGSt 65,281 für die Beurteilung dieser Frage bei der Erschleichung einer Beamten - stelle bereits Kriterien auf, die mit der wirtschaftlichen Ver - mögensauffassung, von der das Gericht ausdrücklich ausging, nicht leicht vereinbar sind: Der Beamte schulde im Hinblick auf die Besonderheit des eingegangenen Treueverhältnisses zum Staat nicht nur seine Dienste, sondern habe seine "ganze Persönlichkeit hinzugeben". Hierzu gehöre neben der geforderten Vorbildung, daß er zuverlässig sei und in sittlicher Hinsicht untadelig dastehe. Die Tauglichkeit des Beamten werde sowohl durch seine Arbeitsleistung als auch durch seine Persönlichkeit bestimmt, zumal der Staat mit der beamtenrechtlichen Fürsorge ebenfalls Verpflichtungen über - nehme, die über die des Dienstberechtigten beim Dienstvertrag hinausgingen. Im Ergebnis fand die Entscheidung einen Vermögens - schaden des Staates bereits darin, daß der Beamte zuvor einmal wegen einer Amtspflichtverletzung und unwürdigen Verhaltens fristlos entlassen worden war und dies bei seiner Bewerbung verschwiegen hatte. Ein solcher Beamter sei für das vorgesehene Amt schlechterdings untauglich und wertlos, mögen seine Leistungen sonst auch völlig befriedigen¹.

¹ zur Amterschleichung vgl. unten S.45

Für den Privatdienstvertrag ließ zunächst RGSt 73,268 diese Grundsätze nicht gelten, obwohl auch hier der Staat als Arbeitgeber auftrat. Es sprach den Lastwagenfahrer einer Division, der durch Täuschung über seinen Wehrmachtsdienstgrad und den Besitz einer Tapferkeitsauszeichnung seine Beschäftigung als Fahrer des Kommandeurs erreicht hatte, von der Anklage des Betruges frei, da wegen seiner einwandfreien Leistungen keine Vermögensbeschädigung des Staates eingetreten sei. Das getäuschte Vertrauen in die besondere Zuverlässigkeit und Charakterfestigkeit wertete das Gericht als ideellen Schaden, der den wirtschaftlichen Vermögenswert nur dann einmal beeinflussen könne, wenn gerade mit Rücksicht auf solche Eigenschaften eine besonders hohe Bezahlung für eine Vertrauensstellung gewährt werde. Dagegen ließ das Reichsgericht in RGSt 75,8 bereits die charakterliche "Ungeeignetheit" eines Erdarbeiters am "Westwall", der wegen seiner Vorstrafen von der Baufirma nicht hätte eingestellt werden dürfen, zur Begründung eines Vermögensschadens der Firma genügen, wobei es mit einem Abstellen auf die "untaugliche Persönlichkeit" die Grundsätze von RGSt 65,281 auch für den privaten Arbeitsvertrag stillschweigend übernahm¹.

2. Verwertbarkeit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung für die Begründung eines erweiterten strafrechtlichen Vermögensbegriffs

Beschränkt man die Gesamtbewertung der reichsgerichtlichen Judikatur zunächst auf die Betrachtung des bloßen Wortlautes der Entscheidungen, so ist festzustellen, daß das Reichsgericht, nachdem es in seinen ersten Urteilen noch überwiegend der juristischen Lehre folgte², bereits vor dem Plenarbeschuß vom 20. April 1887³ zu der objektiven Theorie überschwenkte⁴ und diese als Ausgangsposition ständig vertrat. Sämtliche Entscheidungen betonen ausdrücklich oder aber schlüssig in der Methode ihrer Schadensermittlung und der Verweisung auf Präjudizien oder Literatur ihre Übereinstimmung mit der ökonomischen Betrachtungsweise. Aber

¹ zum Anstellungsbetrug bei Privatdienstverhältnissen vgl. unten S. 46

² vgl. auch die von Stenglein GS 40,95-101 angeführten Fälle

³ RGSt 16,1 ff

⁴ vgl. Votum GS 43,321 ff(345)

bereits die Gegenüberstellung der unterschiedlichen Ergebnisse in einzelnen Fallgruppen der Betrugsrechtsprechung ließ erkennen, daß die Zweifel an der materiellen Vereinbarkeit mit den behaupteten dogmatischen Grundlagen in vielen Fällen berechtigt sind, ohne daß es notwendig wurde, sich mit der Begründung in jedem Einzelfall kritisch auseinanderzusetzen.

Dem Bemühen des Reichsgerichts um eine Stetigkeit in seinen Begründungen kommt dann keine ausschlaggebende Bedeutung mehr zu, wenn die Entscheidungen selbst immer wieder zu Resultaten gelangen, die mit wirtschaftlichen Grundsätzen nicht vereinbar sind¹. Nagler vertrat sogar die Auffassung², es habe sich in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung noch keine Anschauung völlig durchzusetzen vermocht³. Zum Beweis dafür nannte er Entscheidungen, die nach seiner Auffassung dem juristischen Vermögensbegriff folgen. Sie sprechen allerdings bei näherer Prüfung doch fast ausschließlich für die wirtschaftliche Lehre oder nehmen jedenfalls dort ihrer Ausgang⁴. Lediglich die Ergebnisse gleichen denen der juristischen Auffassung, indem entweder bei der Prüfung der Vermögenszugehörigkeit sitten- oder gesetzwidrigen Erwerbs die Grenze zuungunsten der ökonomischen Betrachtungsweise zurückverlegt oder versucht wurde, immateriellen Interessen zu wirtschaftlicher Bedeutung zu verhelfen⁵. Auch die Tatsache, daß die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre⁶ sich mit Recht auf RGSt 66,281 stützen kann, wonach Vermögen den "Inbegriff der unter dem Schutz der Rechtsordnung zu Gebote stehenden wirtschaftlichen Werte" bedeutet, beweist, daß in der reichsgerichtlichen Judikatur das Prinzip rein wirtschaftlicher Bewertung nicht restlos durchgeführt wird⁷. Uneinheitlichkeit oder Widersprüchlichkeit werden immer dann offenbar, wenn die Auswirkung zivilrechtlicher Momente

¹ vgl. Bockelmann Kohlrausch-Festschrift S.232

² LK 6./7.Aufl. Vorbem.II 2 vor § 249

³ auch Bruns, Mezger-Festschrift 1954,335 ff(343) behauptete, noch bis 1933 habe die Lehre vom jur.Vermögensbegriff geherrscht

⁴ vgl. Bockelmann JZ 1952,461 ff Fn.21

⁵ z.B., RGSt 65,281, 70,35

⁶ siehe oben S. 25,26

⁷ auch die personale Vermögenstheorie beruft sich auf das RG, wenn auch mit geringerer Berechtigung, da RGSt 68,212 den "persönlichen Einschlag" nur im Rahmen der individuell-objektiven Theorie berücksichtigt

auf die bloße wirtschaftliche Tatsächlichkeit abzugrenzen oder über die Verletzung schutzwürdig erscheinender Interessen mit zweifelhaftem wirtschaftlichen Wert zu entscheiden war¹.

Die unstete und insgesamt unsichere Betrugsrechtsprechung innerhalb dieser Fallgruppen dürfte einmal darauf zurückzuführen sein, daß gerade in den kritischen Grenzbereichen mitunter allein die Strafbarkeit den Ausschlag für eine Bestrafung gegeben hat, dabei aber der exakte Nachweis der Tatbestandsmäßigkeit nicht selten vernachlässigt worden ist. Zudem sind einige der zur Zeit des "Dritten Reichs" ergangenen Urteile offensichtlich, wenn auch kaum ausdrücklich, von nationalsozialistischem Rechtsdenken beeinflusst². So betonte etwa RGSt 73,64, für die Rechtsanwendung sei die "Ableitung des Rechtes aus den Forderungen der Volksgesellschaft" maßgebend⁴. Auch in RGSt 75,8 dürften in Wahrheit militärische und in RGSt 73,382 sozialpolitische Interessen des Staates für die Bestrafung den Ausschlag gegeben haben, selbst wenn die Entscheidungen ihre Ergebnisse ausschließlich mit dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff zu begründen suchten⁵.

Gemessen an der gesamten Rechtsprechung zum strafrechtlichen Vermögensbegriff sind zwar die Urteile, die von solchen und ähnlichen sachfremden Erwägungen bestimmt zu sein scheinen, zahlenmäßig gering. Sie reichen jedoch aus, um die Verwertbarkeit der reichsgerichtlichen Judikatur zur Rechtfertigung neuer Auffassungen in Praxis und Wissenschaft erheblich in Zweifel zu ziehen, zumal sie gerade in den kritischen Fallgruppen des Betruges ergangen sind⁶. Die stetige Fortentwicklung eines mehr dynamischen Vermögensbe-

¹ so RGSt 44,230, 65,3, 65,99, 66,281, 70,9 einerseits und RGSt 49,16, 50,316, 65,281, 70,33, 73,61, 73,268, 74,167, 75,8, 75,62 andererseits

² vgl. Maurach BT S.272

³ Gürtner-Freisler Das neue Strafrecht S.67,69

⁴ vgl. Linkhorst DR 1939,156; Dahm Der Tätertyp im Strafrecht S. 52,53; Kempermann ZStrW 57,126(148); Becker DR 1937,292; ähnlich: Kohlrausch Schlegelberger-Festschrift S.202(222); Mezger DR 1937, 1289 ff(1292)

⁵ hierzu Bockelmann Kohlrausch-Festschrift S.230,231; derselbe DR 1942,1112 und JZ 1952,462

⁶ bereits zur damaligen Zeit kritisierte Bockelmann den Subjektivismus des Reichsgerichts, DR 1942,1112; vgl. Maurach BT 290, 291 mit Nachweisen

griffs ist nicht festzustellen, lediglich eine allgemeine wirtschaftliche Grundtendenz der Entscheidungen. Im übrigen ließe sich anhand der vorstehend erörterten Fälle die These aufstellen, daß besonders zur Frage der Vermögensbeschädigung bei wertgleicher Gegenleistung kaum eine Auffassung denkbar ist, die nicht in der Lage wäre, zum Beweise ihrer Richtigkeit reichsgerichtliche Judikatur anzuführen¹.

Diese Rechtsprechung kann den Verfasser nicht der Notwendigkeit entheben, die Frage nach der Rechtmäßigkeit und den Grenzen einer Erweiterung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs neu zu stellen, da die bisherige Untersuchung bereits genügend Anhaltspunkte dafür erbracht hat, daß eine Begründung durch bloßes Anknüpfen an Einzelergebnisse der früheren Praxis, wie es auch heute immer wieder geschieht², methodisch verfehlt ist und die Unsicherheit nur erhöht.

3. Die neue höchstrichterliche Judikatur zum Vermögensschaden beim Betrug

Ungeachtet aller Unsicherheiten im Einzelfall wurde von der Strafrechtspraxis nach 1945 die wirtschaftliche Grundtendenz aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts übernommen³. Die neue höchstrichterliche Judikatur hat auch innerhalb der verschiedenen Fallgruppen des Betruges grundsätzlich keine eigene Konzeption entwickelt⁴. Sie setzt sich mit dem bloßen Anknüpfen an reichsgerichtliche Entscheidungen der Gefahr aus, die Strafwürdigkeit des jeweiligen Falles für ihre Entscheidung den Ausschlag geben zu lassen, selbst wenn die Strafbarkeit nur durch eine Überdehnung des Tatbestandes zu erreichen ist. Die kritische Auseinandersetzung mit ihren Ergebnissen soll jedoch erst nach der rechtsdogmatischen und kriminalpolitischen Bestimmung und Abgrenzung des maßgeblichen Vermögensbegriffs erfolgen⁵. Die

¹ so etwa die Rechtsprechung zum gutgl. Erwerb unterschlagener Sachen oder zum Anstellungsbetrug, siehe oben S. 33 ff, 35 ff

² siehe oben S. 32 Fn.2

³ so grundlegend BGHSt 1,264

⁴ eine Ausnahme bildet der Versuch von BGHSt 16,321, siehe oben S.2 ff, Grundsätze für das einem Betrugsschaden gleichkommende übermäßige Opfer an wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit aufzustellen

⁵ siehe unten Abschnitt D III S. 88 ff

Untersuchung kann sich hier darauf beschränken, die Entwicklung der neueren Rechtsprechung zu den Fallgruppen aufzuzeigen, die bereits einleitend zur Präzisierung der Aufgabe dieser Arbeit dienen¹. Es ist folglich danach zu fragen, welchen Standpunkt die Judikatur einnimmt, wenn eine wertgleiche und brauchbare Gegenleistung als Bewertungsfaktor im Austauschverhältnis Beachtung fordert. Diese Frage beantwortet sich mit einer Untersuchung der Rechtsprechung zum Betrugsschaden bei fälschlich zugesicherter Sacheigenschaft, gutgläubigem Erwerb einer mittels strafbarer Handlung erlangten Sache, übermäßiger Beeinträchtigung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit und Erschwindeln einer Anstellung.

a) Fehlen zugesicherter Sacheigenschaft

Da die Sacheigenschaft wohl in der Regel, nicht aber unter allen Umständen den objektiven Wert oder die Brauchbarkeit einer Kaufsache für die individuellen Zwecke des Getäuschten beeinträchtigt, ist es aufschlußreich, die Rechtsprechung zur Frage der Vermögensbeschädigung in Fällen dieser Art heranzuziehen.

Das OLG Köln² hatte zu prüfen, ob der Käufer eines Teppichs von geringerem Wollgehalt als vertraglich zugesichert geschädigt sei. Der Teppich war den gezahlten Preis wert und infolge des geringeren Wollgehalts sogar haltbarer. Das Gericht kam, nicht ohne seiner Entscheidung die Grundsätze der wirtschaftlichen Theorie voranzustellen, zur Bejahung des Schadens, da "für den gegenseitigen Vertrag nach dem Wertmaßstab zu urteilen sei, der durch die getroffenen Vereinbarungen der Parteien gegeben werde. Die Zulässigkeit einer solchen Individualisierung glaubte es daraus ableiten zu können, daß ja nach der herrschenden individuell-objektiven Methode zur Schadensermittlung die Gegenleistung bereits dann minderwertig sei, "wenn sie für den Betroffenen nach seinen konkreten persönlichen Verhältnissen nicht vollwertig erscheine". Das müsse erst recht für Umstände beachtet werden, die Gegenstand einer Parteivereinbarung geworden seien.

Mit der zivilrechtlichen Wirkung der Zusicherung einer Sacheigenschaft begründete das OLG Hamm zwei Entscheidungen zum Vermögens-

¹ siehe oben S. 2 ff, 9

² NJW 1959, 1980

wert von Gebrauchtwagen¹. Im ersten Fall lehnte es die Annahme eines Betrugsschadens ab, da die Zusicherung von Alter und Kilometerstand des Fahrzeuges nicht wirksam erfolgt sei. Nur aus hilfsweise prüfte es danach die Möglichkeit einer Beschädigung nach wirtschaftlich-tatsächlichen Gesichtspunkten. Im zweiten Fall bejahte es dagegen den Schaden ungeachtet einer möglichen Gleichwertigkeit allein wegen des Fehlens der vertraglich zugesicherten Sacheigenschaft.

Für einen gleichgelagerten Sachverhalt stellte das Bayr. OLG² wiederum ausschließlich auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht auf den Eigenwert einer zivilrechtlichen Zusicherung ab. Auch der Bundesgerichtshof³ prüfte den Schaden bei Fehlen einer zugesicherten Sacheigenschaft nur vom Wirtschaftlichen her, wobei er feststellte, daß das Nichtvorhandensein dieser Eigenschaft zwar gewöhnlich den wirtschaftlichen Wert einer Sache beeinträchtigt, wenn aber die Sache auch ohne die zugesicherte Eigenschaft ihren Preis wert sei, müßten besondere Gründe für die Annahme einer Vermögensbeschädigung hinzutreten. Allein das Fehlen der Sacheigenschaft genüge dann nicht. Andererseits könne die Vermögensbeschädigung auch nicht lediglich darin gesehen werden, daß die vom Vertragspartner nach den getroffenen Vereinbarungen erwartete günstige Gelegenheit einer Vermögensvermehrung ausgeblieben sei.

b) Gutgläubiger Erwerb des Rechtes an einer Sache

Das bürgerlich-rechtliche System der Gutglaubensvorschriften garantiert einen juristisch vollwertigen Rechtserwerb und schafft damit eine wesentliche Voraussetzung für die Annahme objektiver Gleichwertigkeit der gutgläubig erlangten Gegenleistung. Da aber auch die neuere Judikatur die Vermögensbeschädigung des gutgläubigen Erwerbers weitgehend bejaht, sind die Entscheidungsgründe hierfür aufzuzeigen, denn sie könnten allgemeine Rückschlüsse auf das Ausmaß einer Anerkennung des "persönlichen Einschlags" bei der Berechnung des Betrugsschadens erlauben.

¹ NJW 1960, 642 und BB 1960, 503

² MDR 1962, 70

³ NJW 1961, 1876

Soweit ersichtlich, hat das OLG in der Sache "Güter" allerdings wieder aufgegeben und anstatt zu prüfen, ob die bloße Gefährdungslage beim gutgläubigen Erwerb des Eigentums an einer unterschlagenen Sache reiche in der Regel nicht zur Annahme einer Vermögensbeschädigung aus. Es kehrte damit zur Begründung von RGSt 49, 16³ zurück. Den von RGSt 73,63⁴ für dessen entgegengesetztes Resultat ins Feld geführten "sittlichen Makel" der "bloß" gutgläubig erworbenen Sache erkannte das Gericht nicht als Kriterium an, da sonst nicht mehr das wirtschaftliche Vermögen, sondern die Redlichkeit im Geschäftsverkehr für den Nachweis der Vermögensbeschädigung maßgebend sei.

Dagegen hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung⁵ im Anschluß an RGSt 73,63 ohne nennenswerte Differenzierungen⁶ entschieden, daß dem gutgläubigen Erwerber des Rechtes an einer Sache in der Regel ein Vermögensschaden entstehe. Hierzu führte der BGH in seinem Beschluß vom 29.7.1960⁷ näher aus, der Erwerber sähe sich einem erhöhten Prozessrisiko ausgesetzt und könne durch behördliche Schwierigkeiten oder auch in anderer Weise an Ansprüchen verlieren. "Praktische, wirtschaftliche und nicht oder nicht so sehr moralische Erwägungen" könnten ihn daher veranlassen, dem Herausgabeverlangen des Voreigentümers zu entsprechen. Mit dieser allgemein gehaltenen Begründung rechtfertigte der Bundesgerichtshof eine für die Annahme des Betrugsschadens ausreichende Vermögensgefährdung, wobei er allerdings im Einzelfall noch Differenzierungen nach beteiligten Personen, Handelsobjekt und sonstigen Umständen für geboten hielt.

¹ NJW 1952,439 = JZ 1952,494

² NJW 1956,392

³ siehe oben S. 33

⁴ siehe oben S. 33,34

⁵ so BGHSt 1,92 zum gutgläubigen Scheckwerb, BGHSt 3,370 und BGH GA 1956, 181 zum gutgl.Pfandrechterwerb, BGH GA 1956,182 und BGHSt 15,83 zum gutgl.Eigentumserwerb an einer unterschlagenen Sache

⁶ BGHSt 15,83 ff (87) ließ lediglich dahingestellt, ob wegen der von ihm genannten Gründe für die Annahme eines wirtschaftlichen Minderwerts der Sache von einem sittlichen Makel gesprochen werden könnte

⁷ BGHSt 15,83 ff

c) Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit

Außer dem oben¹ erwähnten "Melkmaschinenfall" behandeln zwei weitere Urteile des Bundesgerichtshofs, jedenfalls nach dem Wortlaut ihrer Leitsätze, die Frage, inwieweit ungeachtet einer objektiven Wertgleichheit und Brauchbarkeit der im Austausch gewährten Gegenleistung die Vermögensbeschädigung in der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit gesehen werden könne. In einem Fall² hatte der Bundesgerichtshof zu prüfen, inwieweit Personen geschädigt seien, die durch Täuschung zum Abschluß von Krankenversicherungsverträgen sowie zur Zahlung einer Aufnahmegebühr und der ersten drei Monatsbeiträge als Provision veranlaßt worden waren. Er stellte unter Anwendung des Wertvergleiches beim Eingehungsbetrug³ fest, der Vermögensschaden der Versicherten hänge davon ab, ob die Verpflichtung zur Prämienzahlung eine die wirtschaftlichen Verhältnisse der Versicherten übersteigende oder aus anderen Gründen im Verhältnis zu dem erlangten Versicherungsschutz zu hohe oder sonstwie unnütze geldliche Belastung bedeutet habe. Diese recht weitgehenden Kriterien für die Annahme eines Betrugsschadens schränkte er aber durch die angeführten Beispiele⁴ wieder ein, denn diese lassen den Schluß zu, daß er die Vermögensminderung doch nur dort erblickt, wo die Brauchbarkeit der Gegenleistung beeinträchtigt wird, da der erwartete Versicherungsschutz nicht oder nicht in vollem Umfang eintrat.

In einer weiteren Entscheidung⁵ befaßte sich der Bundesgerichtshof mit der Anerkennung einer vermögensmindernden Beeinträchtigung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit für Teilnehmer an einem Preisausschreiben, die in der irrigen Annahme, sich nur dadurch eine Gewinnaussicht erhalten zu können, preiswerte Bilder zum Betrage von DM 3.60 bestellt hatten. Ohne auf die Brauchbarkeit dieser Bilder einzugehen, verneinte der Bundesgerichtshof die Vermö-

¹ Seite 2 ff

² MDR 1952, 408 ff

³ siehe oben S. 31

⁴ so bejahte der BGH den Vermögensschaden "in Fällen, in denen der Versicherungsnehmer für ein bei ihm oder einem Mitversicherten schon bestehendes Leiden oder eine schwangere Versicherungsnehmerin für die künftigen Entbindungskosten Versicherungsschutz erwartete oder in denen ein mitversichertes Familienmitglied infolge zu hohe Alters überhaupt nicht mehr versicherungsfähig war."

⁵ BGHSt 3, 99 = NJW 1952, 1063.

gensbeschädigung, denn der Wert des Gesamtvermögens habe sich nicht vermindert und außerdem könne im Hinblick auf den geringen Kaufpreis und die nur sehr kleine Gewinnaussicht nicht ernstlich von einer Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit die Rede sein. Schließlich traf der Bundesgerichtshof noch die bemerkenswerte Feststellung, "es könne nicht die Aufgabe des Strafrechts sein, derart sorglose Menschen gegen ihre eigene Unwirtschaftlichkeit zu schützen." Ferner müsse, wenn schon der bloße Eingriff in die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit als Vermögensschaden angesehen werden solle, zum mindesten eine fühlbare Beeinträchtigung dieser Bewegungsfreiheit vorliegen.

Mit der Lieferung einer Sache, die ihren Preis wert war, befaßten sich auch zwei Urteile der Oberlandesgerichte Hamm¹ und Köln². Die Frage, ob der Käufer zu einem seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit einschränkenden Abschluß veranlaßt worden ist, wird in beiden Fällen überhaupt nicht erörtert. Das OLG Hamm stellte vielmehr fest, es fehle an einem Betrugsschaden, wenn die Angeklagte vorgespiegelt habe, einen Mantel, der an sich DM 180.- koste, für DM 130.- zu liefern und dieser Mantel tatsächlich DM 130.- wert gewesen sei. Das Ausbleiben des erhofften Gewinns könne nicht als Vermögensbeschädigung angesehen werden. Die Frage, ob die Getäuschte durch die Anschaffung in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit derart beeinträchtigt worden ist, daß auch dies zur Annahme eines Vermögensschadens berechtigt hätte³, behandelte die Entscheidung nicht. Auch das OLG Köln stellte solche Erwägungen nicht an, sondern erreichte lediglich durch Untersuchung der Brauchbarkeit eines Buches für die Zwecke des Käufers, das an sich seinen Preis wert war, die Begründung des Vermögensschadens, da die beabsichtigte Benutzung in der Schule nicht möglich und ein Schadensausgleich durch spätere Verwendung im Beruf nicht zuzumuten gewesen sei.

Dagegen sah das OLG Celle⁴ in der Bestellung eines Glutaminpräparates, dessen Wert und Brauchbarkeit es überhaupt nicht erörter-

¹ JMB1 NRW 1953,154

² JR 1957,351

³ Ähnlich BayObLGSt 1955,8

⁴ Nds RPfl 1956,210

te, eine durch Beschränkung anderweitiger Wirtschaftsgestaltung verursachte Vermögensbeschädigung bereits dann, wenn die wirtschaftlich schlecht gestellten Käufer sich zur Leistung einer Anzahlung und zu monatlichen Raten von DM 6.- für etwa ein halbes Jahr verpflichten.

d) Erschleichen einer Anstellung

Die Judikatur zu diesem Anwendungsbereich des Betruges interessiert nur, soweit sie die Vermögensbeschädigung wegen mangelnder beruflicher oder charakterlich-sittlicher Qualifikation bei im übrigen befriedigender Arbeitsleistung erörtert. Es können daher die nicht weiter problematischen Fälle außer Betracht bleiben, in denen es sich erwiesen hat, daß der Dienstverpflichtete fachlich nicht in der Lage war, die ihm vertraglich obliegenden Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen¹.

Der in der Praxis weitgehend durchgeführte Unterschied zwischen dem Beamtenverhältnis und der Anstellung im Privatdienstverhältnis soll hier eingehalten werden, ohne dessen sachliche Berechtigung damit ohne weiteres anzuerkennen².

aa) Amterschleichung

Nach der grundsätzlichen Entscheidung des Bundesgerichtshofes³ ist der Staat als Dienstherr geschädigt, wenn der eingestellte Beamte seiner beruflichen Vorbildung nach nicht die Voraussetzungen erfüllt, die das Beamtenrecht für die Einstellung fordert. Ordnungsgemäße Wahrnehmung der mit der Amtsstellung verbundenen Aufgaben sah der BGH nicht als schadensausgleichenden Faktor an, denn der sowieso schwer bestimmbare wirtschaftliche Wert der Dienstleistung könne wegen der Besonderheit des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses nicht als Äquivalent für die mit der Zahlung der Dienstbezüge gewährte staatliche Fürsorge gelten. Der Bundesgerichtshof ließ daher ausdrücklich den "allein maßgeblichen Standpunkt des Staates" für die Annahme einer Vermögensbeschädigung den Ausschlag geben, wobei er zur Begründung ausführte, die Höhe der Beamtenbezüge bemesse sich nicht nach deren - nur schwer

¹ z.B. BGHSt 1,13

² vgl. hierzu unten S. 103 ff

³ BGHSt 5,358 = NJW 1954,890

schätzbaren - Wert, sondern nach dem in der Besoldungsordnung festgesetzten "Preis". Zahle der Staat oder ein anderer öffentlich-rechtlicher Dienstherr mehr als diesen geschuldeten Preis, so sei er ohne Rücksicht auf den "objektiven" Wert der Dienste an seinem Vermögen geschädigt.¹ Während der BGH sich zunächst noch darauf beschränkte, den Betrugsschaden aus mangelnder beruflicher Vorbildung herzuleiten, bestätigte er durch ein späteres Urteil², in welchem er den Vermögensschaden einer Gemeinde, die einen vorbestraften Bürgermeister eingestellt hatte, bejahte, die reichsgerichtliche Rechtsprechung auch insoweit, als diese charakterliche oder sittliche Mängel des Beamtenbewerbers ebenfalls für den Schaden ausreichen ließ³.

Das OLG Freiburg⁴ konnte den Schaden des Staates durch Unterhaltszahlung an einen angeblichen Gerichtsreferendar noch damit begründen, daß die Zahlung keine Gegenleistung für die Dienste darstelle, sondern für die Fortbildung gewährt werde. Dagegen stellte das OLG Schleswig⁵ auf charakterliche Schwächen und sonstige Persönlichkeitsmängel eines Polizeibeamten zur Annahme der Vermögensbeschädigung des Staates ab⁶. Ebenso nahm das OLG Oldenburg⁷ den Betrugsschaden des Staates bei mangelnder Wahrheitsliebe und Charakterfestigkeit für den Lehrberuf an. Dagegen ging das OLG Celle⁸ bei der Prüfung des Vermögensschadens des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn von den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen aus, denn es ließ die zu befürchtende Unehrlichkeit oder Unzuverlässigkeit nicht als vermögensmindernde Gefährdung ausreichen.

bb) Erschleichen einer Anstellung im Privatdienstverhältnis
Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Anstellungsbetrug des

¹ BGH 5,361

² BGH GA 1956,121

³ siehe oben S.35 ff

⁴ HEST 1,272

⁵ OGHSt 2,82

⁶ vgl. ferner KG HEST 1,112: kriminelles Vorleben eines Polizeibeamten

⁷ Nds RPfl 1948,95

⁸ Nds RPfl 1947,65

durch privatrechtlichen Dienstvertrag verpflichteten Angestellten scheint mit BGHSt 17,254¹ einen gewissen Abschluß erreicht zu haben. Bis dahin stimmte die Judikatur im Anschluß an die reichsgerichtliche Auffassung² darin überein, daß der tatsächliche Wert geleisteter Dienste ungeachtet fehlender Vorbildung, ungenügender beruflicher Bewährung oder vorhandener Persönlichkeitsmängel als Ausgleichsfaktor in Rechnung zu stellen sei³. Nur bei besonders gut bezahlter Vertrauensstellung wurde die Beschädigung des Vermögens des Dienstherrn bejaht, wenn der Bewerber nicht über die notwendige persönliche Qualifikation verfügte.⁴

Mitunter nahm die Rechtsprechung auch einen Vermögensschaden des Mitbewerbers an, wenn sich ein fachlich oder persönlich Uneigneter die Stelle erschlichen hatte⁵.

Schließlich wurde die Beschädigung auch in einer Gefährdung des Vermögens des Dienstherrn erblickt, die infolge des Vorlebens des Eingestellten eingetreten sei, da dieser die tatsächliche Verfügungsgewalt über Vermögenswerte erlangt habe⁶.

¹ siehe oben S. 4 ff

² RGSt 73,268; siehe oben S.36

³ OLG Celle HEST 2,43 und MDR 1960,696; BGHSt MDR 1961,1029

⁴ OLG Celle MDR 1960,696

⁵ OLG Hamm JMBL NRW 1954,132; OLG Celle Nds RPfl 1947,65 : Zulassung als Anwalt schädigt den Mitbewerber bei der Zuteilung von Armenrechtsmandaten (!); a.A. BGH GA 1955,245 für die Zulassung zum Universitätsstudium

⁶ OLG Celle HEST 2,43; neuerdings BGHSt 17,254

C Die wirtschaftliche Vermögensbetrachtung als Ausgangsposition für Ausweitungsbestrebungen

I. Auseinandersetzung mit den beiden Grundauffassungen vom straf- rechtlichen Vermögen

Die bisherige Untersuchung hat keine Hinweise dafür gebracht, daß dem Vermögensbegriff von der herrschenden Lehre in neuerer Zeit ausdrücklich eine rechtsdogmatisch fundierte Deutung gegeben worden ist, die es ermöglicht, über den unmittelbaren wirtschaftlichen Schaden hinaus auch mittelbare materielle Nachteile oder gar immaterielle Beeinträchtigungen zu erfassen, oder zur Schadensermittlung auf rein subjektive Belange des Getäuschten abzustellen. Sowohl in der Strafrechtswissenschaft als auch in der Rechtsprechung wird der vom Reichsgericht entwickelten, objektiv-wirtschaftlich orientierten Betrachtungsweise¹ ganz eindeutig der Vorzug gegeben. Auch die neuere höchstgerichtliche Judikatur, der das Schrifttum, jedenfalls in ihrer Grundtendenz, beigetreten ist, betont immer wieder die alleinige Richtigkeit dieser Auffassung², die sich "im Streben nach natürlicher Betrachtung und nach lebensgemäßen befriedigenden Ergebnissen" unter Abwendung von der bürgerlich-rechtlichen Ansicht gebildet habe³.

Nun lassen sich aber gerade die hier interessierenden Ergebnisse der Praxis sowie die neuerlichen Bestrebungen der Lehre, die als Versuche zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Betrugsstrafe zum Ausgangspunkt dieser Arbeit gewählt worden sind⁴, mit der juristischen Vermögenstheorie wesentlich einfacher als mit wirtschaftlicher Betrachtung begründen, denn der Nachweis einer materiellen Wertminderung bereitet selbst bei Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Getäuschten in dem Falle einer wertgleichen und brauchbaren Gegenleistung erhebliche methodische Schwierigkeiten, wenn er überhaupt nach der überlieferten Auffassung zu führen ist. Dagegen fordert die juristische Lehre⁵ keinen materiellen Schaden.

¹ siehe oben S. 21 ff

² so etwa BGHSt 2,364; BGH NJW 1962,310; OLG Köln JR 1957,351

³ BGHSt 2,364

⁴ siehe oben S.2 ff

⁵ siehe oben S. 16 ff

sind diese Ausweitungsbestrebungen gerechtfertigt, so erhebt sich die Frage, ob dem Wesen des § 263 StGB nicht eher ein Vermögensbegriff entspricht, der von existenten und objektiv zu ermittelnden wirtschaftlichen Werten nicht in dem Maße abhängig ist, wie die seit RGSt 16,1 herrschende ökonomische Theorie. Die Untersuchung hat gezeigt, daß sich diese Frage nicht allein mit dem Hinweis auf die in Rechtsprechung und Lehre eindeutige Entwicklung zugunsten einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise verneinen läßt. Die Vielzahl der unterschiedlichen Auffassungen, die formal unter Beachtung der überlieferten Grundsätze dieser Lehre zur Lösung der untersuchten Fallgruppen vertreten werden, bietet Anlaß genug, erneut zu prüfen, inwieweit rechtstheoretische Erwägungen für die wirtschaftliche Theorie sprechen und die Argumente für deren alleinige Richtigkeit noch überzeugen.

1. Rechtsdogmatische Bestimmung des maßgeblichen Vermögensbegriffs

Das Reichsgericht gab für die Richtigkeit der wirtschaftlichen Vermögensauffassung und gegen den formal-juristischen Standpunkt eine relativ knappe rechtsdogmatische Begründung¹, wobei es den Beweis in erster Linie durch die Gegenüberstellung der unterschiedlichen Ergebnisse führte. Auch die sich der Rechtsprechung anschließende Lehre beschränkte sich vorwiegend auf kriminalpolitische Erwägungen². Es ist daher immerhin denkbar, daß die derzeitige Stellung des Betruges als Vermögensdelikt im System des Strafrechts Hinweise für eine Bestimmung seines Sinngehaltes bietet, die sich mit dieser Lehre nicht vereinbaren läßt oder ihr eine teilweise andere Gestalt gibt.

Die rechtsdogmatische Untersuchung hat zum Ziel, den spezifisch strafrechtlichen Sinn des Betruges zu erfassen und ihn gegen andere Deliktstypen abzugrenzen.

Vorweg ist festzustellen, daß eine vertretbare Lösung nicht etwa erreicht werden kann, indem man den Betrug sowohl als ein Delikt gegen das Vermögen als auch gegen Wahrheit und Redlichkeit im Geschäftsverkehr auffaßt. Bereits der Aufbau der Vorschrift läßt zweifelsfrei erkennen, daß die Täuschung lediglich die Art und

¹ RGSt 16,1 ff, 3,4

² lediglich Grünhut RG-Festgabe V, 116 ff, Hirschberg a.a.O. und neuerdings Gallas Eb.Schmidt-Festschrift 1961, 401 ff räumen rechtsdogmatischen Erörterungen mehr Platz ein

Weise betrifft, in der die Vermögensbeschädigung herbeigeführt wird, und nicht daneben noch ein selbstständiges Schutzobjekt darstellt oder anspricht¹.

Mit der Untreue und der Erpressung² zählt der Betrug zu den Vermögensverbrechen in engeren Sinne³. Der Angriff des Täters richtet sich gegen das Vermögen. In keiner dieser drei Strafvorschriften hat der Gesetzgeber den Vermögensbegriff definiert. Es ist daher bei der engen Verwandtschaft dieser Delikte zumindest von einer einheitlichen Grundvorstellung von dem Inhalt des Vermögensbegriffs auszugehen, die es erlaubt, die Vermögensdelikte den Eigentumsdelikten zur inhaltlichen Bestimmung des Angriffsobjektes gegenüberzustellen.

Zunächst erscheint es nicht methodisch verfehlt, die Verletzung von Eigentum und Vermögen nach gleichen Grundsätzen zu ermitteln. Allein aus dem Fehlen einer näheren Qualifikation des Angriffsobjektes "Vermögen" folgt keineswegs dessen Beschränkung auf wirtschaftliche Werte, zumal diese andererseits etwa bei Raub oder Diebstahl nach übereinstimmender Auffassung von Rechtsprechung und Lehre⁴ ebenfalls nicht gefordert wird. Auf den ersten Blick scheint auch das von Hirschberg gewählte Beispiel zu

¹ Schönke-Schröder Anm. I zu § 263; Jagusch LK Anm. I 1 zu § 263; Maurach BT S. 272; derselbe NJW 1961, 625 ff, 629; Gallas ZAKDR 1940, 246; Bockelmann, Kohlrausch-Festschrift S. 240; Eser a.a.O. S. 29; RGSt 74, 163; BGHSt 3, 29; a.A. Hafer, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts B. 1. Hälfte S. 258 Anm. 1; auch Mezger StuB II S. 167 stellt die Aufrechterhaltung von Wahrheit sowie Treu und Glauben als ein besonders geschütztes Rechtsgut neben das Vermögen, da nur hierdurch der Betrug genügend gekennzeichnet und seine Unterscheidung von anderen Vermögensobjekten ermöglicht werde; ebenso Henkel ZAKDR 1939, 133

² Kann hier unberücksichtigt bleiben, daß in § 253 StGB auch die Freiheit im Sinne einer Dispositionsbefugnis geschützt wird; vgl. Maurach BT S. 259

³ Maurach BT S. 258, 259, 270; Welzel Lb S. 312, 322, 325; Mezger StuB II S. 165

⁴ vgl. Schönke-Schröder Anm. III 1 zu § 242 mit weiteren Nachweisen

überzeugen¹ und für dessen vorwiegend rechtsgeschichtlich entwickektes Ergebnis zu sprechen, wonach es keinen Grund für die verschiedene systematische Behandlung der beiden sonst sehr ähnlichen Deliktsgruppen gibt². Wegen der notwendigen Abstraktheit gesetzlicher Tatbestände wird es jedoch immer möglich sein, Fälle zu konstruieren, bei deren Lösung vom Gerechtigkeitsgefühl bestimmte Zweifel an der Zulässigkeit differenzierter Behandlung aufkommen³.

Bereits der Wortlaut der einzelnen Strafvorschriften berechtigt zu der Annahme, daß das geschützte Rechtsgut der Vermögensdelikte nicht mit dem der Eigentumsdelikte identisch ist. Bei der Erpressung wird vom Täter gem. § 253 StGB ein Handeln in "Bereicherungsabsicht" gefordert, beim Betrug die "Absicht der Verschaffung eines Vermögensvorteils". Beide Tatbestände verlangen zu ihrer Erfüllung eine Vermögensbeschädigung des Verletzten. Auch wegen Untreue ist nach § 266 StGB nur strafbar, wer einem anderen einen "Nachteil" zufügt, wobei es sich aus dem Wortlaut bereits schlüssig ergibt, daß dieser Nachteil am Vermögen des Betreten entstanden sein muß.

Sieht man davon ab, daß die Vorteilserlangung bei Erpressung und Betrug in den subjektiven Tatbestand gelegt ist, während Vermögensbeschädigung sowie -nachteil objektiv gefaßt sind, so lassen doch die vom Gesetzgeber - wenn auch unterschiedlich - gewählten Formulierungen bei einer Gesamtbetrachtung den Schluß zu, daß im Vermögen ein gegenüber dem Eigentum auch strukturell anders -

¹ B bietet dem A 100.- Mark als Kaufpreis für eine Uhr, womit deren Wert voll gedeckt ist. A verlangt aber DM 150.-. Wenn nun B dem A die Uhr unter Zurücklassung von 100.-Mark wegnimmt, wird er wegen Diebstahls bestraft. Dasselbe geschieht, wenn er den A zur Hergabe der Uhr dadurch veranlaßt, daß er ihm erklärt, er wolle sie sich vor der endgültigen Entscheidung noch einmal genau ansehen, und wenn er dann - unter Hinterlassung von 100.-Mark - mit ihr fortläuft. Anders, wenn B sich dadurch in den Besitz der Uhr setzt, daß er sich mit dem Preis einverstanden erklärt, dann aber dem A außer dem echten 100.-Mark -schein noch einen falschen 50.-Markschein aushändigt. In diesem Fall wird B von der Anklage wegen Betruges freigesprochen, weil das Vermögen des A objektiv nicht beschädigt wurde (vgl. Hirschberg a.a.O. S.3).

² Hirschberg a.a.O. S. 285

³ vgl. Lehmann a.a.O. S. 45,46

artiges Gut geschützt werden soll. "Nachteil", "Vorteil", "Schaden" und "Reicherwerden" einerseits sowie "Zueignen" andererseits liegen auf begrifflich verschiedener Ebene¹. Während die Zueignung rechtlich orientiert ist und den Eingriff in bestehende Rechtsverhältnisse zwischen Person und Sache genügen läßt, ergibt bereits die Wortdeutung, daß der Gesetzgeber bei der ersten genannten Begriffsgruppe eine wirtschaftlich-tatsächliche Wertänderung fordert. Wenn auch der Dieb durch die Wegnahme der Sache in der Regel eine Bereicherung anstrebt, so hat dieses Motiv seines Handelns doch keine Aufnahme in den Tatbestand gefunden. Er bleibt wegen Diebstahls strafbar, selbst wenn die entwendete Sache für den Eigentümer keinen Gebrauchs- oder Wirtschaftswert verkörperte², ferner auch dann, wenn er sich durch die Wegnahme nicht bereichern wollte. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich aus der funktionalen Beziehung der Tatbestandsmerkmale des § 242 StGB zueinander, die erkennen läßt, daß mit und neben dem Eigentum auch der auf bloße Innehabung abstellende Gewahrsam geschützt wird³.

Eine grundsätzliche Verschiedenheit in der Struktur beider Deliktgruppen erhellt aber aus dem inneren Gehalt der zum Vergleich herangezogenen Tatbestandsmerkmale. Sie enthalten anders als die Zueignung immer noch einen wertenden Faktor. Während die Zueignung durch bloße Änderung der Besitzverhältnisse geschieht, indem der Täter sich eine eigentümerähnliche Herrschaftsstellung über die Sache verschafft, genügt eine solche Feststellung über die Erlangung oder den Verlust eines Gegenstandes allein noch nicht zum Nachweis von Bereicherung, Vorteil, Nachteil oder Schaden. Um die Erfüllung eines dieser Tatbestandsmerkmale nachweisen zu können, bedarf es zunächst der Ermittlung des Vermögensbestandes vor dem schädigenden oder gewinnbringenden Eingriff. Erst nach einem wertenden Vergleich mit dem infolge dieses Eingriffs geänderten Bestand läßt sich dann feststellen, ob Bereicherung, Vorteil, Nachteil oder Schaden bei dem jeweiligen Vermögensträger eingetreten ist.

¹ Ähnlich Grünhut RG-Festgabe V, 116 ff, 118

² Schönke-Schröder Anm. III 1 zu § 242; Jagusch LK Vorbem.B I 4 vor § 242; RGSt 44, 210; BGH MDR 1960, 689

³ so die herrschende Meinung, vgl. Jagusch LK Anm.I zu § 242; Kohlrausch-Lange Vorbem.I vor § 242; Maurach BT S.176; a.A. Schönke-Schröder Anm. I zu § 242

Der von Binding¹ und Hirschberg² vertretenen Ansicht, es bestehe eine so enge systematische Beziehung zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten, daß der nicht an einen wirtschaftlichen Wert gebundene Eigentumsschutz zur Auslegung des Vermögensbegriffs herangezogen werden könnte, kann nach allem nicht gefolgt werden. Damit entfällt die Möglichkeit einer im Verhältnis von Diebstahl zu Betrug naheliegenden Gleichsetzung der Wegnahme mit der Täuschung sowie der Zueignungs- mit der Vorteilsabsicht, welche den Verzicht auf einen besonderen Wert des erschwindelten Gutes zuließe. Eine solche vergleichsweise Gegenüberstellung der beiden Strafvorschriften wäre auch lediglich für die im übrigen als Betrug umstrittenen Fälle³ unbewußter Selbstschädigung vertretbar⁴. Sonst kann nur ein ähnlicher äußerer Tatverlauf zu den hier nicht interessierenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der Wegnahme einerseits und der Vermögensverfügung andererseits führen⁵.

Auch der Charakter des Betruges als Selbstschädigungsdelikt⁶ spricht gegen die Verwandtschaft zwischen den Vermögens- und den Eigentumsdelikten. Betrug besteht eben gerade nicht darin, daß der Täuschende etwas nimmt,⁷ sondern daß er sich etwas geben läßt. Er erfordert daher stets eine Vermögensverfügung des Getäuschten, während der Sacherwerb bei den Eigentumsdelikten durch die Wegnahmehandlung des Täters selbst geschieht.

Der Wesensunterschied zwischen Diebstahl und Betrug besteht schließlich auch darin, daß § 263 StGB in seinem subjektiven Tatbestand anders als § 242 StGB die Absicht der Verschaffung eines Vermögensvorteils voraussetzt. Aus der Aufnahme dieser Be-

¹ Lb BT 1.Bd. S.339 ff

² a.a.O. S.288,318

³ Eb.Schmidt JZ 1952,542 und Mat. Bd. 8 S.36 will nur eine bewußte Belastung des Vermögens als Vermögensverfügung gelten lassen

⁴ vgl. Gallas Eb.Schmidt-Festschrift S.402,403;Gutmann MDR 63,3,4

⁵ vgl. Maurach BT S.281

⁶ Schönke-Schröder Anm.V 4 zu § 263;Maurach BT S.280;Gallas Eb. Schmidt-Festschrift S.401 ff,404; Grünhut RG-Festgabe V,116 ff, 124; RGSt 64,226; BGH NJW 1955,878
vgl. auch § 252 E 1962, wonach die auch bisher als notwendig erachtete Vermögensverfügung des Getäuschten ausdrücklich in den Tatbestand aufgenommen wird

⁷ wie Binding Lb BT Bd.1 S.341 mit der Bezeichnung des Betruges als Rechtsraub folgt

reicherungsabsicht in den Tatbestand des Betruges folgt, daß per saldo eine Vermögensvermehrung beim Täter und ein entsprechender Schaden beim Opfer gegeben sein müssen.

Zum Nachweis des Betruges kann daher nicht bloß auf die durch Täuschung bewirkte Preisgabe eines Vermögensteiles abgestellt werden. Der Gesetzgeber hat die Vermögensdelikte nicht wie die Delikte gegen das Eigentum nach der formalen, sondern nach der materiellen Seite ausgestaltet. Der Betrug wird daher von Rechtsprechung und Lehre der Gruppe der wertverschiebenden Delikte zugeordnet. Dem erstrebten Vorteil auf der Täterseite steht ein substantiell gleichartiger Nachteil auf der Seite des Verletzten gegenüber¹. Eine solche Wertverschiebung ist, wie auch Hirschberg² einräumt, nur bei materiellen Werten denkbar, da immaterielle Güter oder Affektionswerte wegen ihrer Gebundenheit an die Person ihres Inhabers nicht übertragbar sind³.

¹ die herrschende Lehre folgt nahezu einmütig diesem Grundsatz der sogenannten Stoffgleichheit: so bereits Binding Lb BT 1. Bd. S. 269; Prohl GA 67, 109 ff; ferner: Nagler LK 6./7. Auflage Vorbem. II 1 vor § 249; Jagusch LK 8. Auflage Vorbem. IV vor § 249; Schönke-Schröder Anm. VIII 2 b zu § 263; Kohlrausch-Lange Anm. II 3 zu § 263; Maurach BT S. 293; Welzel Lb S. 318; Mezger StUB II S. 185; Gallas Bb. Schmidt-Festschrift S. 402; Schröder NJW 1962, 721 ff; Peltzer NJW 1960, 1562; BGHSt 6, 115; BGH NJW 1961, 584; fgl. auch § 241 StGB 1962 und BT-Drucksache IV/650, S. 424, 425, wonach zukünftig durch die Wendung "um daraus sich oder einen Dritten widerrechtlich zu bereichern" der Wortlaut des Betrugsstatbestandes die notwendige Stoffgleichheit zwischen Vorteil und Schaden ausdrücklich hervorheben soll

a.a.O. S. 292

von Hirschberg a.a.O. S. 292 diese Lösung für bedenklich hält, da für den strafrechtlichen Schutz jener Interessen nicht anderweitig Sorge getragen sei und auch wegen der fast regelmäßig in Verbindung immaterieller Interessen mit materiellen Werten schwierige Konkurrenzprobleme zwischen Diebstahl und Betrug entstünden, so sind diese Argumente sowohl aus rechtsstaatlichen Gründen bedenklich als auch dogmatisch nicht vertretbar. Das Fehlen anderweitigen Strafschutzes kann die ausdehnende Anwendung der Betrugsstrafe ebenso - wenig rechtfertigen, wie dies die vermeintlichen Konkurrenzprobleme können, die übrigens wegen des Wesensunterschiedes zwischen der Wegnahmehandlung und der durch Täuschung bewirkten Selbstschädigung nicht bestehen.

Von diesem Resultat wird die Entwicklung des Vermögensbegriffes, der dem Betrug zugrunde zu legen ist, maßgeblich bestimmt. Die bloße Zugehörigkeit eines Rechtes zum Vermögen im bürgerlich - rechtlichen Sinne kann nicht allein ausschlaggebend sein für dessen Zugehörigkeit zum strafrechtlichen Vermögensbegriff. Es würde dem ermittelten materiellen Sinngehalt der Vermögensdelikte widersprechen, wollte man "Nachteil" oder "Beschädigung" ent - scheidend von formal-juristischen Faktoren abhängig machen¹. Vielmehr ist einer eigenständigen, spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise, welche sich im Streben um lebensgemäße Ergebnisse von der ursprünglichen Auffassung begrifflicher Akzessorie - tät zum Zivilrecht abgewandt hat², der Vorzug zu geben. Sie stellt auf Kriterien ab, die dem natürlichen Sprachgebrauch gerecht werden. Da Vorteile oder Schäden im gewöhnlichen Leben daran ge - messen zu werden pflegen, ob bzw. in welchem Umfang sie die wirt - schaftlichen Belange einer Person berühren, ist auch auf dem be - schrittenen rechtsdogmatischen Weg eine Bestätigung der grund - sätzlichen Richtigkeit einer wirtschaftlichen Auffassung vom strafrechtlichen Vermögen erreicht. Allein diese Betrachtungs - weise ermöglicht die notwendige vergleichende Bewertung des Ver - mögens vor und nach der durch die Täuschung verursachten Verfü - gung, denn sie erlaubt es wegen ihrer Orientierung am Gesamtver - mögen, mit der Gesamtheit aller Auswirkungen auf das Vermögen auch diejenigen Faktoren zu berücksichtigen, die einen Schadens - ausgleich zur Folge haben können. Als Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 StGB ist daher mit der herrschenden Lehre³ eine wirtschaftliche Verminderung des Gesamtvermögens anzusehen. Da die wirtschaftliche Potenz eines Vermögensträgers grundsätzlich in Geld ausgedrückt zu werden pflegt, ist auch der vom Reichsge - richt entwickelten Geldwerttheorie⁴, jedenfalls als Ausgangs - position für die Schadensermittlung, zuzustimmen. Ein solcher all - gemeiner Maßstab für die vergleichende Bewertung des Vermögensbe - standes des Getäuschten läßt es schließlich auch nicht zu, die Bestimmung des Schadens von den Vorstellungen oder dem Empfinden des Verletzten abhängig zu machen. Ein objektiver Standpunkt muß hier vielmehr den Ausschlag geben. Wenn dieser objektive

¹ Gallas Eb.Schmidt-Festschrift S.432

² siehe oben S. 21;vgl. ferner BGHSt 2,365 und 15,83

³ siehe oben S. 24 ff, 26 Fn. 3

⁴ RGSt 16,1 ff,8

Beurteilungsmaßstab zur Erzielung von Ergebnissen, die der Schutzfunktion des § 263 StGB gegen schädigende Eingriffe in das Individualvermögen entsprechen, mit den Kriterien der Brauchbarkeit und Verwertbarkeit¹ die Individualität des konkreten Falles in die Bewertung einbezieht, so mag dies zwar in der Praxis eine Vermengung der beiden grundsätzlich verschiedenen Auffassungen zur Folge gehabt und den "Kreis zur juristischen Betrachtungsweise geschlossen"² haben, ist aber methodisch nicht als Inkonsequenz anzusehen. Diese Aspekte sollen nur in objektivierter Form, d.h. soweit ihnen die natürliche und verständige Bewertung des unbefangenen Beurteilers wirtschaftlichen Wert beimißt, Berücksichtigung finden.

2. Bestätigung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus kriminal-politischer Sicht

Für die ökonomische Vermögenstheorie spricht in erster Linie die rechtspolitische Zweckerwägung eines möglichst umfassenden Vermögensschutzes, der durch die Ausdehnung auf die noch nicht zum subjektiven Recht erstarkten wirtschaftlichen Anwartschaften sowie durch die Gleichsetzung der nahen Gefahr eines Verlustes mit gegenwärtiger Vermögensminderung erreicht wird³. Andererseits kann gegen diese Lehre die gerade im Rahmen dieser Untersuchung besonders schwerwiegende Einwendung vorgebracht werden, dieser erweiterte Schutz werde durch den Verzicht auf die Erfassung immaterieller Güter zu teuer erkauft⁴. Daß sich im immateriellen Bereich durchaus strafwürdige Täuschungshandlungen ereignen, soll nicht bestritten werden, wobei jedoch dahingestellt bleiben muß, ob der Unrechtsgehalt solcher Handlungen nicht durch andere Strafvorschriften erfaßt wird oder aber erfaßt werden sollte⁵. Auch die Rechtsprechung dürfte in einigen der erörterten Fälle⁶ diese Strafbarkeit zum Bestimmungsgrund für ihre Entscheidung erhoben haben, indem sie Interessenbeeinträchtigungen unter den

1 siehe oben S. 22

2 Maurach BT S. 286

3 Grünhut RG-Festgabe V S. 118

4 Binding Lb BT 1. Bd. S. 239; Hirschberg a.a.O. S. 285; Gallas Eb. Schmidt-Festschrift S. 429

5 vgl. etwa §§ 468, 469 E 1962 zur Amts- und Bestallungserschleichung sowie BT-Drucks. IV/650, S. 422; dazu eingehend unten S. 106 ff

6 siehe oben S. 31 ff, 37, 38

wirtschaftlichen Vermögensbegriff subsumierte, die einer Prüfung nach den jeweils ausdrücklich bestätigten Grundsätzen dieser Lehre nicht standhalten.

Andererseits mußte aber die Ausdehnung des Strafschutzes auf ideelle Güter gerade in dem weitverzweigten Bereich rechtswirtschaftlichen Handelns, in dem sich solche Fälle hauptsächlich abspielen, zu einer Flut von Betrugsverfahren und zu einer weiteren Verwischung der Konturen dieses Tatbestandes sowie seines Unrechtgehaltes führen, der auch mit strafprozessualen Mitteln¹ in der Form einer Beschränkung auf Fälle mit echtem Strafbedürfnis nicht zu steuern wäre.

Da es unbestrittene Aufgabe des Strafrechtes ist, nur eng umrissenes Kriminalunrecht zu poenalisieren, muß auch aus rechtspolitischer sowie aus kriminologischer Sicht eine Begrenzung der Betrugsstrafe auf die Fälle materieller Schädigung im Vermögensbestand überzeugen, denn generell gesehen läßt nur deren Unwertgehalt die Strafnotwendigkeit erkennen. Hirschberg² geht in seiner Argumentation für die Erforderlichkeit einer Ausdehnung des Vermögensbegriffes auf immaterielle Werte sicher fehl, wenn er aus der Dürftigkeit zivilrechtlichen Schutzes³ auf die Notwendigkeit einer Strafdrohung schließt. Gerade der umgekehrte Schluß scheint naheliegender, daß im vermögensrechtlichen Bereich dort wenig für eine Poenalisierung spricht, wo schon das Zivilrecht seinen Schutz in Form der Gewährung eines Anspruchs verweigert.

Schließlich präzisiert der wirtschaftliche Maßstab der Schadensermittlung auch den Gegenstand der Bewertung und trägt dadurch im Unterschied zu einer formal-juristischen Betrachtungsweise in besonderem Maße der Funktion des Betruges als Ordnungsfaktor im Wirtschaftsleben Rechnung⁴. Eine subjektive Vermögens- und Schadensauffassung schützt dagegen in Wirklichkeit nicht das Vermögen als wirtschaftliche Macht, sondern die allgemeine Dispositionsfreiheit⁵, indem sie ungeachtet wirtschaftlicher Auswirkungen

¹ §§ 153, 154 StPO

² a.a.O. S. 278

³ §§ 253, 847, 1300 BGB

⁴ Kahn a.a.O. S. 23

⁵ Welzel Lb S. 316; Maurach BT S. 286; BGHSt 3, 99 ff, 102

den Betrug bejaht, wenn durch die Täuschung eine Vermögensverfälschung verursacht worden ist¹.

II. Schwierigkeiten bei wirtschaftlicher Bestimmung des Betrugs - schadens

Die Untersuchung hat bisher gezeigt, daß der wirtschaftlichen Betrachtungsweise als Ausgangsposition zur Feststellung einer Vermögensbeschädigung gegenüber der juristischen Auffassung sowohl aus rechtstheoretischen als auch aus kriminalpolitischen Gründen der Vorzug gebührt. Die grundsätzliche Übereinstimmung der wirtschaftlichen Theorie mit dem Sinngehalt des Betruges als Vermögensdelikt kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß diese Lehre einige neuralgische Punkte aufweist, auf die letztlich der ständige Streit und die Unsicherheit über den Umfang und das Verfahren ihrer Anwendung im Einzelfall zurückzuführen sind. Auch die Widersprüchlichkeit und Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung finden hier ihre Ursache.

Das Thema dieser Arbeit erlaubt es, eines der Hauptprobleme der strafrechtlichen Vermögenslehre, nämlich die Frage nach der Notwendigkeit bzw. dem Grad einer rechtlichen Begrenzung und Vorformung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs, auszuklammern. Auf die grundsätzliche Berechtigung der von den Anhängern der juristisch - ökonomischen Lehre² vertretenen Ansicht, wonach die juristische Anerkennung eines Rechtes für die Vermögenszugehörigkeit mitbestimmend und die rein wirtschaftliche Schadensberechnung im Bereich vitiosen Erwerbs ebenso abzulehnen sei wie die mögliche Realisierbarkeit einer nichtigen oder unklagbarer Forderung, braucht nicht eingegangen zu werden.

Weniger problematisch ist aber die Grenzziehung zwischen vermögenszugehöriger wirtschaftlicher Anwartschaft und der vom Vermögensbegriff nach umfaßten unsicheren Erwartung sowie das

¹ Zu Recht weist der BGH NJW 1962, 310 darauf hin, daß die Dispositionsfreiheit von der Nötigungsvorschrift, § 240 StGB, bereits geschützt werde; ebenso Maurach BT S. 286. Dort wird eine der Täuschung gleichzuachtende List als Nötigungsmittel nicht anerkannt. Es kann daher als verbotene Analogie angesehen werden, wenn auf dem Wege über § 263 StGB eine Umgehung dieser Beschränkung erreicht wird.

² siehe oben S. 25 ff.

Verfahren der objektiv-individualisierenden Schadensermittlung selbst. Diese Problematik bestimmt unmittelbar die Frage einer Vermögensbeschädigung bei wertgleicher Gegenleistung im Austauschverhältnis.

1. Die vermögensgleiche Anwartschaft als unsicherer Wertungsfaktor

Die herrschende wirtschaftliche Auffassung setzt einen mit Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Vermögenszuwachs als wirtschaftliche Anwartschaft dem Vermögen gleich¹. Andererseits stimmt sie auch darin überein, daß § 263 StGB lediglich die Zufügung eines Schadens, nicht aber die Vereitelung des "Reicherwerdens" ahndet. Zwischen diesen beiden Grundsätzen läuft aber nur ein schmaler Grat. Begrifflich setzt die Verletzung einer vermögensgleichen Anwartschaft voraus, daß diese bereits wegen des hohen Maßes der berechtigten Erwartung zum Vermögensbestand gezählt werden kann, während einer noch unsicheren Expektanz in Gestalt einer bloß tatsächlichen Aussicht auf "Reicherwerden" diese Zugehörigkeit bestritten wird. Dieser Unterschied erweist sich aber als recht unklar und wenig brauchbar. In der Praxis führt seine Dehnbarkeit zu willkürlich anmutenden Entscheidungen², bei denen nicht zuletzt wieder die Strafwürdigkeit des Eingriffs³ den Ausschlag für die verschiedene Bewertung gegeben haben mag.

Auch aus rechtsstaatlicher Sicht ist eine gewisse Gefahr darin zu sehen, daß es bei dieser begrifflichen Unklarheit weitgehend im Ermessen des in wirtschaftlichen Dingen mehr oder weniger erfahrenen Gerichtes liegt, ob es der Anwartschaft einen für die Zugehörigkeit zum Vermögen ausreichenden gegenwärtigen Wert beimißt oder nicht und damit zu Bestrafung oder Freispruch gelangt. Die Rechtsprechung scheint sich allerdings in neuerer Zeit dieser Verantwortung bewußt zu sein, indem sie den Anwartschaftsbegriff unter Ausklammerung bloßer, unsicherer Erwerbschancen weitgehend

¹ siehe oben S. 22

² siehe oben S. 31 ff; ferner: Gutmann MDR 1963, 3 ff, 5, 6; Eser a.a.O. S. 289 ff, 298; Gallas Eb. Schmidt-Festschrift 1961, 401 ff, 430, 431; Maurach BT S. 287; Nagler LK 6./7. Auflage Vorbem. II 4 b vor § 249

³ vgl. Hardwig GA 1956, 6 ff, 8

restriktiv interpretiert¹. Nach wie vor verbleibt aber mit der vermögensgleichen wirtschaftlichen Anwartschaft eine Quelle der Unsicherheit, zumal die ungenügende Faßbarkeit dieses Begriffes im Rahmen einer strafrechtlichen Wertung auch darauf zurückzuführen ist, daß mit der Berücksichtigung von Gewinnaussichten pp noch in Bewegung befindliche Faktoren in das Vermögen einbezogen werden. Diese Feststellung wird sich noch bei der Auseinandersetzung mit dem Versuch Esers² auswirken, der die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit unter den Schadensbegriff subsumiert, indem er über eine Ausdehnung der wirtschaftlichen Anwartschaft auf vermögensbildende Faktoren einen dynamischen Vermögensbegriff entwickelt³.

2. Die Problematik einer objektiv-individualisierenden Schadensermittlung

Der vom Reichsgericht zur Vermeidung einer als unsozial empfundenen⁴ abstrakten Orientierung am Marktpreis oder Geldwert ent-

¹ so BGHSt 16, 367: kein Vermögensschaden, wenn ein Teilnehmer an einer Ausschreibung Mitbewerber veranlaßt, nicht ernst gemeinte höhere Angebote abzugeben, da die Ausschreibungsbehörde nur um die Gewinnchance gebracht wird, ein noch niedrigeres Angebot zu bekommen; im Ergebnis anders, aber mit ähnlich strengem Maßstab und daher vertretbar entschied BGHSt 17, 147, es könne des Betrugsges zum Nachteil des sonst aussichtsreichsten Mitbewerbers schuldig sein, nur sich bei einem Wettbewerb den Zuschlag durch Täuschung einer Vergabestelle beschaffe. Der Täter hatte in ein nach der Vergabungsordnung für Bauleistungen geregeltes Verfahren der öffentlichen Hand eingegriffen und seinem Gebot durch nachträgliches Umfälschen zum Nachteil des nächst niedrigeren Mitbewerbers den Zuschlag verschafft.
OLG Hamburg NJW 1962, 1407 (VW Aktienfall): Die Verminderung einer Chance, durch das Los eine weitere Aktie zugeteilt zu erhalten, ist noch keine Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 StGB; vgl. hierzu auch Maurach NJW 1961, 625 ff; im Ergebnis anderer Auffassung Müller DRiZ 1963, 55 und Bode NJW 1963, 238.
BayrOLG NJW 1955, 1567: kein Gebührenbetrug gegenüber dem Notar bei Angabe eines niedrigeren Kaufpreises, da die Aussicht auf die höheren Gebühren nach dem richtigen Preis nicht genügend sicher gewesen sei; zu weit dagegen OLG Stuttgart JZ 1962, 420: die bei einem unechten Vertrag zugunsten Dritter bestehende tatsächliche Anwartschaft für den Leistungsempfänger ist als Vermögensbestandteil zu werten; der "Dritte" hatte hier nur zu unfällig von der Lieferung eines Fahrzeuges in seinen Händlerbezirk Kenntnis erlangt.

² siehe unten Seite 68

³ siehe oben Seite 6

⁴ vgl. Maurach BT S. 289

wickelte individuell-objektive Schadensbegriff entspricht zwar der Funktion des § 263 StGB zum Schutz des Individualvermögens¹, ist jedoch genau wie die vermögensgleiche Anwartschaft nur schwer und mitunter unsicher zu praktizieren. Brauchbarkeit und Verwertbarkeit nach den persönlichen Verhältnissen des Betroffenen sollen objektiv ermittelt werden. Aber schon durch unbedeutende Verschiebungen der Betonung wird eine unzulässige Subjektivierung erreicht. In der Rechtsprechung entstehen bei dem Versuch, den Einfluß des subjektiven Elements auf den objektiven Bewertungsmaßstab abzugrenzen, immer wieder problematische Wertungsfragen. Selbst eine Beurteilung vom Standpunkt des unbefangenen Betrachters läuft daher Gefahr, Aspekte der Irrtumserregung für die Begründung des Schadens mit heranzuziehen. Ferner bietet die Unsicherheit in der Handhabung des Schadensbegriffs auch eine Gelegenheit für stillschweigende Rückgriffe auf die juristische Lehre, die mitunter zur Lösung von Fällen genutzt zu werden scheint, in denen das öffentliche Interesse eine Bestrafung fordert².

Im übrigen kamder mit der Strafverfolgung befaßte Praktiker beobachten, daß bei der Schadensfeststellung dem rein subjektiven Empfinden des Betroffenen immer wieder Bedeutung beigemessen wird. Die Erhebung der Anklage wird in weniger krassen Betrugsfällen nicht selten davon abhängig gemacht, ob sich der Getäuschte "noch geschädigt fühlt". Da diese Frage erfahrungsgemäß oft verneint wird, zumal wenn inzwischen Vereinbarungen zur Wiedergutmachung getroffen oder bereits Ersatzleistungen erfolgt sind, gelangen relativ viele Betrugsfälle, verglichen mit der Zahl anderer Officialdelikte, nicht zur Aburteilung. Mitunter versteht es gerade der raffinierte Betrüger, die Einstellung des Strafverfahrens zu erreichen, sogar dann, wenn zur gleichen Zeit mehrere Betrugs-sachen bei verschiedenen Strafverfolgungsbehörden gegen ihn anhängig sind. Allein mit der strafprozessualen Möglichkeit des Staatsanwaltes, die Strafverfolgung von Vergehen gem. § 153 II StPO einzustellen, sofern die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind, läßt sich diese Beobachtung

¹ siehe oben Seite 55,56

² vgl. Gutmann MDR 1963, 92 ff; Maurach BT S.289; Nagler ZAKDR 1941,294

nicht erklären. Die Höhe des verursachten Schadens und die Bemühungen des Täters um eine Wiedergutmachung desselben bieten nur einige Anhaltspunkte für die Beurteilung der hier nicht juristisch technisch, sondern nach ihrem moralischen Unwertgehalt zu bestimmenden Schuld¹. "Geringe Schuld" und "unbedeutende Folgen" im Sinne des § 153 I, II StPO können erst angenommen werden, wenn das Gesamtverhalten des Täters und alle Tatauswirkungen geprüft worden sind².

Es ist daher sicher berechtigt, eine Ursache für die relativ häufige Einstellung von Strafverfahren wegen Betruges auch darin zu erblicken, daß der Staatsanwalt in den schwierigen Fragen der Schadensermittlung die Empfindungen des Verletzten berücksichtigen und diesen bestimmen lassen möchte, ob ein Vermögensschaden eingetreten ist.

Der in seinem Ausmaß umstrittene und uneinheitlich abgegrenzte Einfluß der Individualisierung erlangt besondere Bedeutung bei der Schadensberechnung im Rahmen eines Austauschverhältnisses, wenn der Getäuschte gegen Zahlung eines angemessenen Preises eine wertgleiche Gegenleistung erhält. Hier bilden die einleitend³ aufgezeigten Bestrebungen, über die noch der objektivierenden Wertung zugänglichen Kriterien der Brauchbarkeit und Verwertbarkeit nach den persönlichen Verhältnissen der Getäuschten hinaus auch ihrem Wesen nach inkommensurable Interessen als Wertungsfaktoren zu berücksichtigen, das Kernproblem dieser Untersuchung.

Die Ausweitungsbestrebungen setzen auch bei einem weiteren Unsicherheitsfaktor der Schadensbestimmung an. Mit dem Beschluß des Reichsgerichts vom 20.4.1887⁴ läßt die herrschende Meinung die Vermögensgefährdung für die Annahme eines Betrugsschadens ausreichen, wenn nach der konkreten Sachlage die akute Gefahr eines Verlustes bereits den gegenwärtigen Vermögenswert mindert. Auch diese zeitliche Vorverlegung des Schadens bildet als Gegenstück zu der vermögensgleichen Anwartschaft einen Ausgangspunkt zur "Entmaterialisierung" des Betruges⁵.

¹ vgl. Löwe-Rosenberg Note 5 zu § 153 StPO

² vgl. Löwe-Rosenberg N.5 u.6 sowie Erbs N.II zu § 153 StPO, welcher z.B. auch dann "bedeutende" Folgen annimmt, wenn die Tat Anreiz zur Wiederholung bietet

³ siehe oben S. 2 ff

⁴ RGSt 16, 1 ff, 11

⁵ vgl. die Kritik bei Maurach BT S. 290

I. Auseinandersetzung mit den Versuchen zur Überwindung der Grenzen
rein wirtschaftlicher Schadensbestimmung

1. Der personale Vermögensbegriff¹

Zur Begründung seiner personalen Vermögenslehre setzt Bockelmann² bei der aufgezeigten schwierigen Praktikabilität der individuell-objektiven Methode an. Ein solches Verfahren erscheint ihm - wie überhaupt die notwendig wirtschaftliche objektive Auffassung vom Vermögen - nicht genügend anpassungsfähig. Es läßt nach seiner Ansicht³ einerseits strafwürdige Fälle straflos und zwingt andererseits dort zur Bestrafung, wo für die Betrugsstrafe kein ausreichender Anlaß besteht. Er führt dies darauf zurück, daß die wirtschaftliche Schadensermittlung aus begrifflichen Gründen die Wendung zu subjektivistischer Wertung nicht vertrage⁴. Aus gleichen Erwägungen zieht er bereits die Möglichkeit einer individualisierenden Berechnung, wie sie von der herrschenden Lehre praktiziert wird, in Zweifel. Andererseits hält er die dem rechtlichen Vermögensbegriff zugeordnete subjektive Betrachtungsweise wegen ihres Versagens in wichtigen Anwendungsbereichen der Betrugsstrafe für so bedenklich, daß er auf ihre nähere Untersuchung verzichtet⁵.

Bockelmann wählt unabhängig von beiden Theorien für seine personale Vermögenslehre einen neuen Weg, indem er sie nicht an realen Werten orientiert, sondern an den "aner kennenswerten persönlichen Interessen des Vermögenssubjekts"⁶. Mit der Definition des Schadens als "Eingriff in die Gesamtheit dessen, woran und worin die wirtschaftliche Kraft des Menschen erlaubterweise wirkt", bezieht er allerdings auch seinen Vermögensbegriff auf wirtschaftliche Faktoren, die er, ähnlich der juristisch - ökonomischen Lehre, in rechtliche Schranken faßt.

Der Vorteil dieser Betrachtungsweise liegt darin, daß sie es

¹ siehe oben S. 5 ff

² Kohlrausch-Festschrift S.229 ff

³ a.a.O., S.239

⁴ a.a.O. S. 243

⁵ a.a.O. S. 246

⁶ a.a.O. S.248; derselbe in: Strafr.Untersuchungen S.229 ff,238; JZ 1952,462 ff,464; JZ 1952,485,486; Edm.Mezger-Festschrift 1954 363 ff,378 ff; ähnlich Gallas Gleispach-Festschrift 1936,56 ff und Hardwig a.a.O. S. 18

ermöglicht, den Schaden in jedem Einzelfall nach den Interessen des Vermögensträgers zu bestimmen. Eine Bindung an präjudizielle Entscheidungen zu einzelnen Fallgruppen des Betruges unterbliebe. Neuartige Erscheinungsformen unrechtmäßiger Bereicherung, wie sie gerade im Geschäftsleben durch den Wandel wirtschaftlicher Lebensformen nicht selten sind¹, ließen sich leicht als Betrug erfassen, denn Bockelmann gelangt in konsequenter Befolgung der Grundsätze seiner Lehre zur Anerkennung der Dispositionsfreiheit als Bestandteil des schutzwürdigen Vermögens, ebenso wie er im materiellen Interessen in weitem Umfang zur Berücksichtigung verhilft².

Damit wird im Ergebnis eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Betrugsstrafe erzielt, die es u.a. ermöglicht, den Tatbestand auch dann zu bejahen, wenn eine wertgleiche und brauchbare Gegenleistung nach rein wirtschaftlicher Betrachtung die Annahme eines Betrugsschadens verbietet, da die personale Vermögenstheorie selbst "Unwägbarkeiten"³ beachtet. Speziell im Bereich des Anstellungsbetruges erlaubt diese Lehre im Gegensatz zu einigen Entscheidungen des Reichsgerichts⁴ eine jedenfalls von ihrer Ausgangsposition her vertretbare Lösung⁵.

Es bedarf jedoch der Prüfung, ob sich die personale Vermögenslehre selbst rechtsdogmatisch begründen läßt und sich als eine mit strafrechtlichen Grundsätzen vereinbare Definition des Vermögensbegriffs erweist.

Bockelmann begründet die Notwendigkeit einer neuen Auffassung vom Vermögen mit der Unzulänglichkeit der herkömmlichen Betrachtungsweisen, die in ihrem Streben nach Verselbständigung des Vermögensbegriffs zwar der Aufgabe der Strafrechtspflege zur Zeit der Entstehung des Reichsstrafgesetzbuches Rechnung getragen hätten, deren gewandelten rechtspolitischen Vorstellung aber nicht mehr

¹ vgl. etwa den VW-Aktienfall, OLG Hamburg NJW 1962, 1407; ähnlich neuartig und mitunter problematisch auch die Erschleichung von Subventionen, Exportvergütungen, Wohnungsbauprämien pp, vgl. Schäfer Kriminalistik 1962, 385 und 1963, 78 ff

² Kohlrausch-Festschrift S.250, ebenso NJW 1961, 145 ff, 147; a.A. Hardwig a.a.O. S.20 wegen fehlender Substanzgleichheit

³ Bockelmann Kohlrausch-Festschrift S.250

⁴ siehe oben S. 35 ff

⁵ vgl. Bockelmann Kohlrausch-Festschrift S.250

genügte¹. Den Bedeutungswandel erblickt er darin, daß mit dem steigenden Interesse an einer Sicherung des persönlichen Wirkungsbereichs und Daseinsraumes der Schutz realer Substrate gegenüber dem des Vermögenssubjektes zurückzutreten habe. Er beschränkt sich darauf, seine Lehre mit diesen allgemeinen rechtspolitischen Gründen zu stützen, ohne ihr eine eigene rechtstheoretische Basis zu geben². Die Zweckerwägung der praktischen Brauchbarkeit ist nach seiner Ansicht für die Auslegung der Normen des Besonderen Teiles ein auch methodisch angemessenes Kriterium, da einzelne Tatbestandsmerkmale gar nicht anders als vom Ergebnis her bestimmt werden könnten³.

Im dogmatischen Bereich finden sich die maßgeblichen Gründe für die Unvereinbarkeit der gesetzlichen Fassung des Betrugstatbestandes mit einer Auslegung des Schadensbegriffs im Sinne der personalen Vermögenslehre. Stellt man zur Ermittlung des Vermögensschadens allein auf die persönlichen Interessen der Getäuschten ab, so wird man in der Regel bereits die Unerwünschtheit einer Vermögensverfügung als Betrugsschaden ansehen können. Damit wird aber der strafrechtliche Gehalt des Betruges verfälscht, denn aus dem Vermögensdelikt wird ein Delikt gegen die Freiheit des wirtschaftlichen Disponierens. Auch läßt sich ein Verfahren, welches das Vermögenssubjekt zum Ausgangspunkt der Schadensbestimmung wählt, dogmatisch nicht rechtfertigen. Es arbeitet mit Wertmaßstäben, die sich der generellen Bestimmbarkeit entziehen. Da die personale Vermögenslehre die Strafbarkeit weitgehend von den jeweiligen Vermögensverhältnissen des Opfers abhängig macht, ergeben sich auch von der Schuldseite her Bedenken gegen diese Auffassung, der es dadurch an der notwendigen Vorhersehbarkeit strafbaren Tuns mangelt⁴.

Die vorwiegend am Ergebnis orientierte Methode der Ermittlung des Betrugsschadens nach der personalen Vermögenslehre hält aus den genannten Gründen einer Prüfung anhand der einleitend⁵ aufge-

¹ Bockelmann Kohlrausch-Festschrift S.247 ff

² auch Gallas, Gleispach-Festschrift S.56 ff und Hardwig a.a.O. S. 6 ff beschränken sich auf rechtspolitische Zweckänderungen

³ Bockelmann Strafrechtl. Untersuchungen S.240 und JZ 1952,465

⁴ vgl. Schönke-Schröder Anm VII zu § 263; Kohlrausch-Lange Anm.V zu § 263

⁵ siehe oben S. 10 ff

stellten Erfordernisse zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit im Strafrecht nicht stand. Bei teilweiser Anerkennung der Notwendigkeit einer Lockerung des wirtschaftlich-objektiven Verfahrens der herrschenden Lehre findet diese Vermögensauffassung lediglich bei Hardwig Zustimmung¹ und wird im übrigen wegen der angeführten dogmatischen Bedenken allgemein abgelehnt².

2. Die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre

Diese Lehre sucht den Gegensatz von juristischer und wirtschaftlicher Vermögensbetrachtung zu überwinden, indem sie die Vermögenszugehörigkeit materieller Werte von deren rechtlicher Vorformung abhängig macht und nicht, wie die herrschende wirtschaftliche Auffassung, auch das widerrechtlich Erlangte ohne Einschränkung zum Vermögen zählt³.

Mit der Bezeichnung des Vermögens als "Summe der jemandem unter dem Schutz der Rechtsordnung zu Gebote stehenden wirtschaftlichen Werte"⁴ nimmt sie aber ebenfalls beim materiellen Wertbegriff ihren Ausgang und erreicht, abgesehen von der rechtlichen Begrenzung, die ausgesprochene Schutzwirkung der wirtschaftlichen Vermögenslehre von dort, wo sich wirtschaftliche Anwartschaften noch nicht zu subjektiven Rechten verdichtet haben⁵. Ihr Kontakt zur juristischen Auffassung vom strafrechtlichen Vermögen geht indes soweit, daß sie deren subjektive Methode der Schadensermittlung⁶ übernimmt. Die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre stiebt vielmehr von ihrer Ausgangsposition her eine Ein-

a.a.O. S.6 ff; Hardwig gelangt jedoch durch Berücksichtigung allgemeiner Grundsätze der Betrugslehre, besonders der Stoffgleichheit, zu Ergebnissen, die sich durchweg auch mit der herrschenden Auffassung erzielen lassen.

so Schönke-Schröder Ann. VII zu § 263; Kohlrausch-Lange Anm.V 1 zu § 263; Jagusch LK Vorbem. II 1 vor § 249; Nagler LK 6./7. Auflage Vorbem. II 1 und III 1 vor § 249; Gutmann a.a.O.S. 92; Eser a.a.O. S.295; Franzheim a.a.O. S.271; Bedenken auch bei Kohlrausch, Schlegelberger-Festschrift 1936, 221 ff; Gallas hat die in Gleispach-Festschrift 1936, S.56 ff, vertretene personale Auffassung in Eb.Schmidt-Festschrift 1961, 430 ausdrücklich aufgegeben.

³ siehe oben S. 25, 26

⁴ RGSt 66, 285

⁵ einschränkend Gutmann a.a.O. S.5

⁶ siehe oben S. 19

engung des Schadensbegriffs an, wobei sie der individuell-objektiven Ermittlungsmethode folgt.

Die grundsätzliche Berechtigung einer rechtlichen Begrenzung bedarf allerdings im Rahmen des Themas dieser Arbeit keiner näheren Untersuchung¹. Es ist jedoch auf die Ergebnisse von Nagler einzugehen, der in Befolgung der juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre eine weitgehende Subjektivierung zu erzielen scheint. Er dehnt die Schutzwirkung des Betruges auf die wirtschaftliche Verfügungsfreiheit² sowie auf immaterielle Werte³ einschließlich der Affektionswerte aus und will lediglich den bloßen Liebhaberwert wegen seiner rein subjektiven Wertschätzung und der Gebundenheit an die Person des Inhabers davon ausgenommen wissen. Die Auseinandersetzung Naglers mit der Judikatur zu einzelnen Fallgruppen⁴ zeigt allerdings, daß er die vorangestellten Grundsätze zur Ermittlung des Betrugsschadens nicht in dieser Allgemeinheit aufrechterhält. Unter dem Affektionswert versteht er die Berücksichtigung der individuellen Vermögenslage oder der persönlichen Interessenlage⁵. Diese Faktoren bezieht die herrschende Lehre aber bereits in die Kriterien der Brauchbarkeit und Verwertbarkeit nach den individuellen Verhältnissen des Verletzten ein.

Es stellt sich die Frage, inwieweit Nagler, der grundsätzlich der juristisch-ökonomischen Vermögenslehre folgt, für die aufgezeigte Ausweitung des Betrugsschadens im Bereich der subjektiven Vermögenswerte eine rechtsdogmatische Grundlage bietet, oder aber methodische Hinweise, die für eine erweiternde Auslegung des betrugsrechtlichen Schadensbegriffs herangezogen werden könnten.

Nagler wendet sich besonders gegen das Geldwertdogma des Reichsgerichts⁶. Da sich eine Werttaxation nicht aufrechterhalten lasse, fordert er weitgehende Individualisierung bei der Bewertung von Leistung und Gegenleistung. Aus einer Durchmusterung besonders der reichsgerichtlichen Entscheidungen schließt er⁷, daß die

¹ siehe oben S. 26 Fn.2

² LK 6./7.Aufl. Vorbem.III 2 vor § 249 (S.357)

³ LK Vorbem.II 1,III 1 u.III 2 b vor § 249 (S. 350,356,358)

⁴ LK Vorbem. III 4 a vor § 249 (S.361 ff)

⁵ als Beisp. für jene führt Nagler etwa das zur Erweiterung einer Fabrik benötigte Grundstück an, während er es als eine Beeinträchtigung der persönlichen Interessenlage ansieht, wenn der Trauernde statt der Einlaßkarte zu einem geistlichen Konzert eine Karte für ein Kabarett erhält, Vorbem.III 2 b vor § 249

⁶ LK Vorbem.III 2 vor § 249 (S.357)

⁷ LK Vorbem.III 3 vor § 249 (S.360)

Rechtsprechung im Begriff sei, das "Gelddogma mit der Folge der rein wirtschaftlichen Gleichwertigkeit und der Werttaxation abzubauen" und zu einer Grundeinstellung einzuschwenken, welche vor allem durch die besondere Berücksichtigung der individuellen Belange des Verletzten bestimmt werde. Zum Beweis dafür beruft sich Nagler auf einzelne Entscheidungen, aus denen er dann auch auf die mögliche Erfassung immaterieller Interessen der Getäuschten schließt¹.

Die Rechtsprechung allein ist aber wegen ihrer von Nagler selbst kritisierten Uneinheitlichkeit und Widersprüchlichkeit² nicht geeignet, seine Folgerungen in dem aufgezeigten Umfang zu stützen³. Es wurde bereits nachgewiesen⁴, daß besonders die von Nagler⁵ behauptete "Anpassung der Rechtsprechung an die fortschreitende Entwicklung der subjektiven Vermögensrechte" keineswegs in konsequenter Fortentwicklung geschah und zudem die rechtsdogmatischen Grundlagen nicht selten vermissen läßt.

3. Der dynamische Vermögensbegriff

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zum "Melkmaschinenfall"⁶ veranlaßte Eser⁷ zur Untersuchung der Frage, ob bzw. unter welchen Umständen die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit bereits als Betrugsschaden zu werten sei. Er setzte mit seinem Versuch zur Überwindung der Grenzen einer Schadensermittlung im herkömmlichen Sinne anders als die personale Vermögenslehre bei dem objektiv-wirtschaftlichen Vermögensbegriff selbst an, indem er diesem durch die Hereinnahme vermögensbildender Faktoren einen mehr dynamischen Gehalt gab. Dadurch erreichte er mit dem Betrugstatbestand im Rahmen einer Gewährleistung und Sicherung der Wertvermehrung den Schutz der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit⁸.

¹ LK Vorbem. II 1, III 1 u. III 2 b vor § 249 (S.350,356,358)

² LK Vorbem. II 2 vor § 249 (S.351); vgl. oben S.37

³ siehe oben S. 32 Fn.2 und S.38

⁴ siehe oben S. 36 ff

⁵ LK Vorbem. III 3 vor § 249 (S.360)

⁶ BGHSt 16,321; siehe oben S. 2 ff

⁷ GA 1962,289 ff; vgl. oben S. 6

⁸ a.a.O. S. 295

Eine gewisse Bestätigung der Richtigkeit seines Ansatzpunktes sah Eser darin, daß bereits die herrschende Auffassung mit der vermögensgleichen Anwartschaft noch in Bewegung befindliche Werte zum Vermögen zählt und schließlich auch mit der menschlichen Arbeitskraft einen vermögensbildenden Faktor berücksichtigt¹.

Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit will Eser unterschieden wissen von der bloßen Dispositionsfreiheit, deren Verletzung er als irrelevant ansieht². Eine Beeinträchtigung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit erkennt er erst dann an, wenn der Verfügende seine finanziellen Mittel wirtschaftlich sinnwidrig und unzumutbar eingesetzt habe. Auf weitere schädigende Folgen der Verfügung komme dann nichts mehr an, da die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit selbst Vermögenswert verkörpere³.

In Übereinstimmung mit den überlieferten Grundsätzen will Eser die wirtschaftliche Zweckverfehlung nach der individuell-objektiven Methode feststellen.

Als Vermögensbeschädigung durch Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit und damit als Betrug sieht Eser vor allem folgende Fälle an⁴:

- a) Ausbleiben des objektiv zu erwartenden Vermögenszuwachses (Fehlen zugesicherter Sacheigenschaft oder erhoffter Einsparung)
- b) Irrtumsbedingte Vertragsabschlüsse, die eine weitere vernünftige Wirtschaftsgestaltung vereiteln (langfristige Liquiditätsbeschränkung oder Unmöglichwerden angemessener Wirtschaft- und Lebensführung)
- c) Selbstschädigende Maßnahmen zur Befreiung von einem wirtschaftlich ungünstigen Vertrag oder weitere vermögensschädigende Verfügungen zur Erfüllung desselben (Aufnahme hochverzinslicher Kredite).

Die Notwendigkeit einer solchen Erweiterung des Schadensbegriffs leitet Eser aus rechtspolitischen Überlegungen ab und sucht sie aus rechtsvergleichender Sicht durch Aufzeigen von Ausdehnungstendenzen im Betrugsstrafrecht anderer Länder zu stützen.

Unter Hinweis auf die von Bockelmann⁵dargetatene Möglichkeit des

¹ a.a.O. S.296 mit Nachweisen

² a.a.O. S.296 mit Fn.40

³ a.a.O. S.297

⁴ a.a.O. S. 297

⁵ Kohlrausch - Festschrift S. 226

Bedeutungswandels eines Deliktes auch ohne Änderung seines gesetzlichen Tatbestandes sieht er ähnlich wie dieser¹ in einer Umgestaltung der Wirtschaftsordnung den Beweggrund für die Erweiterung des derzeitigen wirtschaftlichen Schadensbegriffs. Das Wirtschaftsleben, welches zur Zeit der Entstehung des Strafgesetzbuches in ruhigen und geordneten Bahnen verlaufen sei, werde heute von "produktionssüchtiger Bewegung", "schnellebigem Konsum" und "hektischer Unrast" gekennzeichnet. Da die Vermögenswerte sich in ständigem Umlauf befänden, sei ein Vermögensschutz nur bruchstückhaft, wenn er nicht auch die eigentlich vermögensbildenden Faktoren umfasse².

Es läßt sich in der Tat nicht leugnen, daß die Wirtschaftsordnung durch die Entwicklung seit dem Inkrafttreten der noch heute gültigen Betrugsvorschrift in den letzten 90 Jahren eine erhebliche Strukturveränderung erfahren hat. Die praktischen Erkenntnisse aus der Bearbeitung von Wirtschaftskriminalität berechtigen ganz besonders zu der Annahme, daß die Anfälligkeit eines Wirtschaftssystems gegen die betrügerische Ausnutzung seiner Einrichtungen und Formen umso größer wird, je abstrakter und verfeinerter diese ausgestaltet sind³. Mehr denn je hängen auch, speziell in Zeiten einer liberalen Marktwirtschaft, Gewinn und Verlust, Erfolg und Mißerfolg, von der Tüchtigkeit des einzelnen und damit entscheidend von dessen Fähigkeit ab, das ihm zur Verfügung stehende Kapital im Interesse natürlichen Gewinnstrebens zweckmäßig einzusetzen. Eine schnelle Anpassung an die Gegebenheiten, die Fähigkeit etwa, bei An- und Verkauf von Gütern unter Berücksichtigung der eigenen Kapazität und nach kluger Beurteilung der Bedürfnisse einer jeweiligen Marktlage sinnvoll zu disponieren, ist eine Eigenschaft, die den erfolgreichen Kaufmann unserer Zeit auszeichnet. Solche Vorzüge lassen sich im gewissen Sinne, wenn auch nicht wie die geldwerten Rechte nach betriebswirtschaftlichen Regeln, aktivieren, denn sie machen sich ohne Zweifel bezahlt. Es ist aber fraglich, ob man im strafrechtlichen Bereich gerade im Hin -

¹ vgl. oben S. 63 ff

² a.a.O. Seite 296

³ Hier sind die vielgestaltigen neuartigen Erscheinungsformen des Subventions-, Teilzahlungs- und Baubetruges sowie die betrügerische Verschaffung von Bankkrediten durch Bilanzverschleierung oder durch Vermittlung des Austauschs von Finanzwechselseln als Beispiele zu nennen.

blick auf die vielgestaltigen Unwägbarkeiten, die infolge der "hektischen Unrast" des modernen Wirtschaftslebens Einfluß gewinnen können, zu einem genügend sicheren Ausgangspunkt für die Entscheidung über die Strafbarkeit menschlichen Verhaltens gelangt, wenn man von Faktoren dieser Art die Tatbestandserfüllung abhängig macht. Eine solche Ausdehnung, die zwar geeignet wäre, strafwürdig erscheinende Fälle weitgehend zu erfassen, liefe mit ihrer geringen Vorverlagerung des Betrugsschadens in eine mehr personale Sphäre darauf hinaus, daß Betrug schon dort angenommen werden müßte, wo sich der Unrechtsgehalt der Handlung doch im wesentlichen in der durch Täuschung bewirkten Vermögensverfügung erschöpft, soweit sich diese als unzweckmäßig erweist. Da das Disponieren des Getäuschten eigentlich nur im wirtschaftlichen Bereich geschieht, müßte sich im übrigen eine Abgrenzung zwischen der Beeinträchtigung bloßer Dispositionsfreiheit und wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit als noch viel schwieriger erweisen als etwa die Bestimmung der Kriterien für die Annahme einer vermögensgleichen Anwartschaft.

Der Praktiker stellt sich ferner die Frage, ob nicht die Erweiterung des Strafschutzes zu teuer erkauft wird, wenn sie andererseits ermöglicht, auch dort wegen Betruges zu bestrafen, wo durch Täuschung, etwa mittels unlauterer Werbemethoden, der Abschluß eines nur lästigen Vertrages erreicht worden ist. Oft kann man hier der Strafwürdigkeit, sofern sie überhaupt gegeben scheint, durch eine Ahndung nach wettbewerbsrechtlichen Vorschriften¹ genügen. Eine Betrugsstrafe müßte in Fällen dieser Art wegen des geringen Unwertgehaltes relativ niedrig ausfallen und würde nicht unerheblich dazu beitragen, dem § 263 StGB die "schneidige" Wirkung des Kriminalunrechts völlig zu nehmen, von der er ohnehin infolge der aufgezeigten uneinheitlichen Behandlung in der Judikatur schon viel verloren hat. Von dort bis zur Einstufung des Betruges in die Gruppe der "Kavaliersdelikte" wäre dann sicher nur noch ein kurzer Weg. Diese "Verniedlichung" seiner Bedeutung verbietet der kriminologische und sozialetische Wesensgehalt der Strafvorschrift.

Gegen die Aufnahme vermögensbildender Faktoren in den strafrechtlichen Vermögensbegriff sind aber nicht zuletzt Bedenken rechts-

¹ Besonders § 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, auch § 11 des Rabattgesetzes

dogmatischer Natur vorzubringen, die schließlich für die Ablehnung dieses Versuches den Ausschlag geben.

Die sowohl aus dogmatischen als auch aus kriminalpolitischen Gründen überzeugende wirtschaftliche Ausgangsposition¹ für die Bestimmung des Betrugsschadens verlangt einen wertenden Vergleich² des Vermögensbestandes des Betroffenen vor und nach der durch die Täuschung bewirkten Verfügung. Vermögenserzeugende Faktoren entziehen sich aber wegen ihres zunächst immateriellen und weitgehend personengebundenen Charakters dieser grundsätzlich objektiven Wertung. Es fehlt hier an einem Objekt, an dem eine Wertminderung gemessen werden könnte, denn solche Faktoren beschreiben nur eine potentielle Auswirkung auf das Vermögen, die nicht wie die vermögensgleiche Anwartschaft zum gegenwärtigen wirtschaftlichen Gesamtpotential gerechnet werden könnte.

Der Gegenleistung als Rechnungsposten im Rahmen eines Austauschverhältnisses müßte selbst bei Brauchbarkeit für den Betroffenen die schadensausgleichende Wirkung immer dann versagt bleiben, wenn die tatfernere, mittelbare Folge einer Beeinträchtigung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit eingetreten wäre.

Auch dehnt eine Erweiterung des Vermögensbegriffs in der von Eser vorgeschlagenen Form den Betrugstatbestand auf die "Vereitelung des Reicherwerdens" aus³. Wenngleich die Abgrenzung zwischen strafbarer Verursachung des Ärmerwerdens und nicht strafbarer Verhinderung des Reicherwerdens erhebliche praktische Schwierigkeiten verursacht⁴, so folgt die Notwendigkeit dieser Begrenzung doch aus der Auslegung des Gesetzeswortlauts⁵. Das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung setzt voraus, daß der Schaden an einem vermögenszugehörigen Wert entstanden ist. Die herrschende Lehre macht daher hier mit Recht den aufgezeigten Unterschied.

Schließlich verbietet das Wesen des Betruges als Wertverschöbungsdelikt die generelle Bejahung des Vermögensschadens durch

¹ siehe oben S.55 ff

² siehe oben S.72

³ a.a.O. S. 296

⁴ siehe oben S.58 ff

⁵ siehe oben S.53 ff

Beeinträchtigung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit¹. In den von Eser genannten Fällen², z.B. Ausbleiben der erhofften Einsparung, Beschränkung vernünftiger Wirtschaftsgestaltung, ungünstiger Vertragsabschluß, ergibt sich der vom Täter erstrebte Vorteil schon aus dem Vertrag als solchem und nicht erst aus einer Beeinträchtigung vermögensbildender Faktoren. Wollte man hier den bloßen Kausalzusammenhang zwischen Bereicherung und Schaden genügen lassen³, müßte man die Frage des Betruges grundsätzlich von den jeweiligen Vermögensverhältnissen des Opfers abhängig machen. Damit wäre dem zwar noch⁴ ungeschriebenen aber doch allgemein anerkannten Tatbestandsmerkmal der Stoffgleichheit, welches fordert, daß der Vermögensnachteil des Geschädigten zum Vorteil für den Betrüger werden muß, nicht genügend Rechnung getragen.

IV. Untersuchung weiterer Möglichkeiten zur begrifflichen Ausweitung der ökonomischen Auffassung vom Vermögen

1. Koppelung der beiden Vermögenstheorien

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung erlaubt es, die an sich naheliegende Patentlösung in Gestalt der bloßen Aneinanderreihung der ökonomischen und der juristischen Betrachtungsweise⁵, etwa durch Kombination wirtschaftlicher Grundsätze für die Bestimmung der Vermögenszugehörigkeit mit der Schadensermittlung nach subjektiven Regeln, nur kurz zu behandeln. Damit hätte man wohl die weitestmögliche Ausdehnung des Betrugsschadens erreicht. Der Weg scheint sogar auf den ersten Blick gangbar, wenn man ihn an der Methode mißt, deren sich die herrschende Lehre im Anschluß an das Reichsgericht⁶ für den Nachweis der Zueignung beim Diebstahl bedient. Sachwert- und Substanztheorie finden hier nebeneinander Anwendung⁷ und führen sowohl zur Bestrafung, wenn der Täter sich die Sache ihrer Substanz nach zueignet, als auch, wenn er den von

¹ siehe oben S.54 Fn.1

² siehe oben S.69

³ wie Eser a.a.O. S.300 das fordert

⁴ vgl. § 252 E 1962 und BT-Drucks.IV/650 S.424

⁵ Andeutungen in dieser Richtung bei Gallas Eb.Schmidt-Festschrift S.411; Bockelmann Kohlrausch-Festschrift S.246; vgl. auch RGSt 75,9 und Nagler LK 6./7.Aufl.Vorbem.II 2 vor § 249

⁶ RGSt 61,233, 64,415

⁷ Schönke-Schröder Anm. VII 2 a zu § 242 mit Nachweisen

ihr verkörperten wirtschaftlichen Wert zu erlangen strebt.

Allein, ein solcher Vergleich ist hier nicht angebracht. Dem Streben nach lebensgemäßen Ergebnissen im Strafrecht trägt wohl die Theorienverbindung beim Zueignungsbegriff des Diebstahls Rechnung, nicht aber eine formal-juristische Schadensermittlung beim Betrug. Der materielle Sinngehalt eines Vermögensdeliktes verbietet es, den Schaden allein von subjektiven Kriterien abhängig zu machen. Auch wäre eine Kombination der beiden Haupttheorien wegen ihrer grundverschiedenen Ausgangspositionen nicht zu realisieren. Es kann die Vermögensbeschädigung nicht von einer formal-juristischen Rechtsverletzung oder gar vom Belieben des Getäuschten¹ abhängig gemacht werden, während der Vermögensbestand zuvor nach wirtschaftlich-tatsächlichen Grundsätzen² bestimmt worden ist. Abgesehen hiervon müßte eine solche Erweiterung des Anwendungsbezugs des Betruges bei den ständig neuartigen Erscheinungsformen rechtswidriger Bereicherung, die den Praktiker zu einem mehr oder weniger berechtigten Rückgriff auf den wegen seiner begrifflichen Unklarheiten dehnungsfähig erscheinenden Betrugstatbestand veranlassen, die Gefahr von Willkür- und Zufallsentscheidungen weiter erhöhen³.

2. Die Schadensersatzregelung des Zivilrechts

Nachdem die bisher erörterten Erweiterungsmöglichkeiten durch Ablösung einzelner Grundsätze oder allgemeiner Ausdehnung der herrschenden wirtschaftlichen Auffassung vom Vermögensbegriff sich besonders aus rechtsdogmatischen Gründen als nicht realisierbar erwiesen haben, verbleibt die Aufgabe, im Rahmen der als maßgeblich ermittelten ökonomischen Betrachtungsweise nach einem Weg zu suchen, der eine dogmatisch und methodisch vertretbare Lösung verspricht, indem er es erlaubt, ohne Abgleiten in die Berücksichtigung subjektiver Empfindungen den Begriff des Vermögens durch zusätzliche Erfassung individueller Faktoren zu modifizieren.

Impulse hierzu könnten sich aus den Gebieten der Rechts- und

¹ siehe oben S. 19

² siehe oben S. 22

³ vgl. Bockelmann Kohlrausch-Festschrift S.246; Hardwig a.a.O. Seite 9

Wirtschaftswissenschaften ergeben, soweit diese sich ebenfalls damit befassen, den Vermögens- oder Schadensbegriff nach ihren besonderen Zielsetzungen und Prinzipien auszudeuten.

Der zivilrechtliche Begriff vom Vermögen, wie er etwa den §§ 310, 311, 419, 1085, 1922 BGB zugrundeliegt, entspricht dem oben erörterten¹ und abgelehnten² Vermögensbegriff der juristischen Theorie. Da die bürgerlich-rechtliche Definition des Vermögens als die Gesamtheit der einer Person zustehenden geldwerten Rechte³ sich für das Strafrecht als zu formal und eng erweist, läßt sich bei diesem Begriff zur Ermittlung des Betrugsschadens sicher nicht ansetzen. Impulse könnten aber aus der weniger formal gestalteten Ersatzregelung des Zivilrechts herzuleiten sein. Nach den §§ 249 ff BGB ist regelmäßig der gesamte Schaden zu ersetzen, der dem Ersatzberechtigten entstanden ist. Hierzu gehört auch der Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile. Das "Interesse" des Geschädigten geht insoweit über den objektiven gemeinen Sachwert hinaus. Die Ersatzregelung ist damit ähnlich gestaltet wie der herrschende strafrechtliche Vermögensbegriff, denn sie ist ebenfalls am wirtschaftlichen Wert und nicht am formal-rechtlichen Bestand orientiert. Bereits aus § 826 BGB erhellt zweifelsfrei, daß die Existenz eines subjektiven Privatrechtes keine Voraussetzung für den Ersatzanspruch darstellt, denn der Wortlaut dieser Vorschrift knüpft die Ersatzpflicht nicht an eine Beschädigung des Vermögens⁴. Auch der Grundsatz einer Vorteilsausgleichung⁵ entspricht der natürlichen Auffassung vom Wert des Wirtschaftlichen ebenso wie die Regelung des § 253 BGB, wonach die Entschädigung für ideelle Beeinträchtigungen grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Gegenüber der ökonomischen Vermögenstheorie des Strafrechts bietet die zivilrechtliche Ersatzregelung eine Erweiterung, indem sie auch den mittelbaren Schaden berücksichtigt, soweit er in adaequatem Ursachenzusammenhang mit dem schädigenden Ereignis

¹ Seite 16 ff

² Seite 53 ff

³ v. Tuhr Allg. Teil Bd. I S. 313; Enneccerus-Nipperdey Allg. Teil Bd. I § 134 II S. 841; Larenz Schuldrecht 1. Bd. § 20 I S. 290; vgl. ferner Gallas Eb. Schmidt-Festschrift S. 415

⁴ vgl. RGZ 79, 58

⁵ vgl. Larenz Schuldrecht 1. Bd. § 14 III c S. 131 ff mit weiteren Nachweisen

steht¹. Für den entgangenen Gewinn ist dies durch § 252 BGB ausdrücklich gesetzlich bestimmt.

Diese Möglichkeit, in die Ermittlung der Höhe der Ersatzforderung die weitere Entwicklung der Dinge einzubeziehen, erlaubt es, etwa im Rahmen eines Anspruchs aus vertraglichem Haftungsgrund auf Ersatz des "positiven Interesses" die Vereitelung des Reicherwerdens als Rechnungsfaktor für die Feststellung des Erfüllungs - Schadens anzuerkennen.

Bereits der Charakter des Betruges als Wertverschiebungsdelikt² stünde einer Übertragung dieser Betrachtungsweise auf den strafrechtlichen Schadensbegriff im Wege. Außerdem ist zu beachten, daß der Umfang des zivilrechtlichen Ersatzanspruches in untrennbarer funktionaler Verbindung mit dem Verfahren steht, welches zu seiner Ermittlung angewandt wird. Dieses zwar im Ansatz objektive Verfahren kann jedoch mit Rücksicht auf die strafprozessuale Maxime der materiellen Wahrheitserforschung keine geeignete Grundlage für die Feststellung eines Betrugsschadens abgeben. Das Zivilrecht, welches seiner Zielsetzung nach darauf ausgerichtet ist, demjenigen, der eine Einbuße an schutzwürdigen Interessen erleidet, die Handhabe für Geltendmachung und Durchsetzung seiner Forderung zu gewähren, überläßt die Inanspruchnahme seiner gesetzlichen Möglichkeiten der Privatinitiative des Betroffenen. Die Führung des Beweises für Bestehen und Höhe eines Schadens kann es daher weitgehend formalisieren und erleichtern. Wenn es für den Nachweis mittelbaren Schadens die bloße Wahrscheinlichkeit der Erwartung³ oder ein hypothetisches Kausalurteil genügen läßt, so ist das ebensowenig mit den Grundsätzen des Strafrechts in Einklang zu bringen wie die Zulässigkeit freier Schadenschätzung durch den Zivilrichter gem. § 287 I S.1 ZPO.

Die erheblichen und weittragenden Folgen einer strafrechtlichen Feststellung müssen an Tatbestandsauslegungen geknüpft werden, die in jedem Einzelfall eine sichere Wertung zulassen. Die zivilrechtliche Methode der Anerkennung einer zum Ersatz verpflichten-

¹ Enneccerus-Lehmann Schuldrecht § 17 II S.84 ff; Palandt Vorbem. A V d aa vor § 249 BGB

² siehe oben S.54 und 72

³ Enneccerus-Lehmann Schuldrecht § 15 III 8 S.74; Palandt Anm.3 a zu § 252 BGB; Gallas.Eb.Schmidt-Festschrift 1961,415

den Interessenschädigung, welche auf Wahrscheinlichkeitsurteile und gesetzliche Vermutungen (§ 252 S.2 BGB) zurückgreifen kann, eignet sich daher nicht für eine Anleihe zur erweiternden Modifizierung des strafrechtlichen Vermögensbegriffs.

3. Begriff und Inhalt des Vermögens aus wirtschaftswissenschaftlicher und steuerrechtlicher Sicht

Mit der Orientierung des strafrechtlichen Vermögensbegriffs am wirtschaftlichen Wert nimmt die herrschenden Lehre im Anschluß an diese vom Reichsgericht entwickelte Betrachtungsweise einen Standpunkt ein, der in seinen Grundzügen auch dem wirtschaftswissenschaftlichen Vermögensbegriff entspricht. Selbst wenn der Beschluß der Vereinigten Senate vom 20.4.1887¹ sowie das Votum² hierzu mit keinem Wort erwähnen, daß der volkswirtschaftliche Vermögensbegriff für ihre Auffassung vom strafrechtlichen Vermögen die Anregung gegeben hat, darf man das doch als sicher annehmen³, denn die objektiv-wirtschaftliche Güterbewertung sowie die Anerkennung des Geldwertes als Maßstab entsprechen durchaus den Grundsätzen dieser ebenfalls von einem natürlichen Standpunkt ausgehenden Vermögensauffassung⁴.

Im Rahmen einer systematischen Prüfung der Frage einer begrifflichen Ausweitung der Vermögenslehre des Strafrechts bietet sich daher auch eine Erörterung der wirtschaftswissenschaftlichen Auffassung vom Vermögen an. Es ist immerhin denkbar, daß deren Erkenntnisse von Inhalt und Funktion des Vermögens im heutigen Wirtschaftsleben auch für die strafrechtliche Auslegung neue Impulse bringen, wenn auch die grundsätzliche Verschiedenheit der Blickrichtung und Zielsetzung von vorneherein zu einer gewissen Vorsicht mahnt.

Die volkswirtschaftliche Auffassung vom Vermögen erstrebt wie die

¹ RGSt 16, 1 ff

² GS 43, 321 ff

³ Binding Lb BT 1. Bd. S. 239 und DJZ 16, 553, 559 kritisiert die vom Reichsgericht übernommene national-ökonomische Betrachtung als Gefahr für die Rechtswissenschaft

⁴ Kahn a.a.O. S. 43 geht in seiner Folgerung zu weit, wenn er die beiden Vermögensauffassungen völlig miteinander identifiziert.

strafrechtliche Vermögenslehre lebensgemäße Ergebnisse und gelangt zu einer natürlich-wirtschaftlichen Auslegung, indem sie das Vermögen als den Inbegriff der in Geld abschätzbaren Wirtschaftsgüter einer Person definiert¹. Die Zugehörigkeit zu diesen wirtschaftlichen Gütern wird nach ökonomischen Grundsätzen entschieden. Wirtschaftsgüter sind sowohl Sachen als auch Rechte auf Sachen oder Leistungen. Ferner zählen vorteilhafte Beziehungen rein tatsächlicher Art, z.B. ein fester Kundenstamm dazu². Selbst ihrer Natur nach immaterielle Werte können zu diesen Gütern gerechnet werden, sofern sie zu wirtschaftlichen Verkehrsobjekten geworden sind und, wie etwa das Firmen- oder Urheberrecht, bereits geldwerte Faktoren darstellen.

In einer Geldwirtschaftsperiode wird das volkswirtschaftliche Vermögen regelmäßig auch in Geld angegeben oder geschätzt, wenn dies auch kein notwendiges Kriterium für den Begriff des wirtschaftlichen Gutes ist. Persönlichkeitsgebundenen immateriellen Gütern, die zwar für die Erzielung von Vermögen wichtig und wertvoll sein können, z.B. Arbeitsenergie oder sonstige individuelle Vorzüge, mangelt es an der notwendigen Umlaufsfähigkeit. Da sie untrennbarer Bestandteil der Person sind, können sie keinen Verkehrswert erzielen und auch nicht zum Vermögen gerechnet werden.

Das Verfahren der Volkswirtschaft zur Bestimmung wirtschaftlicher Güter ermöglicht zwar durch die Berücksichtigung rein tatsächlicher Verhältnisse, wenn auch in gewissen Grenzen, die Erfassung der Arbeitskraft als wirtschaftlichen Wert, versagt aber ohne jeden Zweifel mit seiner rein objektiven Ermittlungsmethode allenfalls oder noch nicht abschätzbareren persönlichen Interessen die Anerkennung. Damit erweist sich die volkswirtschaftliche Vermögensfassung gegenüber der des Strafrechts als enger.

Eine Betrachtung des Vermögens aus betriebswissenschaftlicher Sicht kommt zum gleichen Ergebnis. Auch der betriebswirtschaftlichen

¹ Ammon, Volkswirtschaftliche Grundbegriffe und Grundprobleme, S.40; Böhm, Grundlehre der Nationalökonomie, S.44; Weisser, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 11.Bd., S.163; Diehl, Handwörterbuch der Volkswirtschaft, herausgegeben von Elster, 3.Ed., S.707,708; Kahn a.a.O. S.8 mit weiteren Nachweisen; vgl. auch Nagler ZAKDR 1941,294

² Diehl a.a.O. S. 708,709; Kahn a.a.O. S.40

liche Vermögensbegriff erfaßt mit dem bilanzierungsfähigen Anlage und Umlaufvermögen eines Unternehmens nur verkehrswerte Wirtschaftsgüter, soweit diese im Betrieb für die Zwecke der Leistungserstellung und Geschäftsabwicklung eingesetzt werden¹. Mit den Aufgaben des Betriebsvermögens als konkrete Substanz Arbeitsstoff und Arbeitsmittel für die Leistungserstellung des Betriebes zu bilden, als Wertträger die Substanzform des Unternehmens darzustellen, ist weder eine subjektivierende Betrachtungsweise noch eine Ausdehnung des Begriffs auf vermögensbildende Faktoren vereinbar. Man ist sich der Bedeutung innerer und äußerer Einflüsse auf die Vermögensbildung zwar bewußt und erforscht deren Auswirkungen². Zur Bilanzierung eignen sich aber doch nur Werte, die sich wirtschaftlich bestimmen lassen und Übersicht sowie Kontrolle ermöglichen.

Wegen der vielfachen Berührungspunkte mit betriebswirtschaftlicher Bewertung soll der steuerrechtliche Vermögensbegriff an dieser Stelle in die Untersuchung einbezogen werden. Da es sich hier ähnlich wie beim Vermögensstrafrecht um ein Rechtsgebiet handelt, welches auf rein wirtschaftliche Interessen bezogen ist, könnte der Vermögensbegriff des Steuerrechts Hinweise zur Erweiterung des strafrechtlichen Vermögensbegriffs liefern. Für die Zurechnung eines Gutes zum Vermögen des Steuersubjektes ist nicht die bürgerlich-rechtliche Güterzuordnung entscheidend, sondern das wirtschaftliche "Eigentum"³, d.h. die tatsächliche wirtschaftliche Verfügbarkeit. Der zwar gesetzlich nicht definierte aber weitgehend enumerativ erfaßte Vermögensbegriff des Steuerrechts⁴ bedient sich zur Ermittlung des Gesamtreinvermögens einer von der Verkehrsauffassung ausgehenden objektiv-wirtschaftlichen Methode⁵. Zu den bewertungsfähigen Gütern des Betriebes zählen immaterielle Werte, soweit diese, wie Patente, Urheberrechte, Beteiligungen, Wettbewerbsverbote u.a., bei der Veräußerung des ganzen Betriebes

¹ Schmalenbach, Dynamische Bilanz, S.207; le Coutre, Handwörterbuch der Betriebswissenschaften Bd.IV S.5786; vgl. auch Nagler ZAKDR 1941,294

² Schmalenbach a.a.O. S.195 ff

³ Haas, Handwörterbuch der Betriebswissenschaft, Bd. IV S.5791

⁴ vgl. u.a. § 19 des Vermögenssteuergesetzes i.d.F.vom 10.6.1954 BGBl 1954 I S.137 und § 67 des Bewertungsgesetzes vom 16.10.1934 i.d.F. vom 24.7.1958 BGBl 1958 I S.538

⁵ Haas a.a.O. S. 5791; Troll, Kommentar zum VStG und BewG Anm.13 zu § 54 BewG, S.215

sozusagen greifbar sind, d.h. als Einzelheiten ins Gewicht fallen¹.

Die Bewertung der Bedingung² läßt im übrigen erkennen, daß das Steuerrecht das Maß der Aussicht des Erwerbs oder des Verlustes nicht berücksichtigt und damit die nur unsicher zu praktizierende Wahrscheinlichkeitsberechnung vermeidet³.

Eine Gesamtbetrachtung der Grundsätze, nach denen das Vermögen einer Person aus wirtschaftswissenschaftlicher und steuerrechtlicher Sicht bestimmt und bewertet wird, läßt erkennen, daß mit der Beschränkung auf objektiv wirtschaftliche Kriterien, wie Umlaufsfähigkeit, Handels- und Verkehrswert, Ergebnisse erreicht werden, deren Übertragung auf das Vermögensstrafrecht nicht zu einer Ausdehnung, sondern zu einer Einengung des Schutzbereichs führen müßte. Nun liegt allerdings eine weitgehende Berücksichtigung der individuellen Interessenlage im besonderen Aufgabenbereich des Vermögensstrafrechts, dessen Zielsetzungen und Prinzipien sich insoweit von den wirtschaftswissenschaftlichen Ausgangslagen unterscheiden⁴. Dennoch ist es für das Gesamtergebnis dieser Arbeit nicht ohne Bedeutung, daß speziell die Wirtschaftswissenschaften, welche auf Umgestaltungen der Wirtschaftsordnung durch eine Anpassung ihrer Vorstellungen am ehesten reagieren sollten und das wegen ihrer Unabhängigkeit von gesetzlicher Bindung auch könnten, sich nicht zur Modifizierung ihres Vermögensbegriffs veranlaßt sehen.

¹ BfH vom 19.7.1955 BStBl 1955 III S.266

² §§ 4 - 8 BewG

³ Troll a.a.O. Anm. V zu § 62 BewG

⁴ vgl. Nagler ZAkDR 1941, 294

D Zusammenfassung und Anwendung des Ergebnisses zur Prüfung des Betrugsschadens bei wertgleicher Gegenleistung

I. Ergebnis der Untersuchung

Die aus den verschiedenen Blickrichtungen angestellten Untersuchungen haben gezeigt, daß sich von keiner Seite ein überzeugender rechtstheoretischer oder begrifflicher Ansatzpunkt zur Erweiterung der rein wirtschaftlichen Auffassung vom strafrechtlichen Vermögen bietet. Eine Wandlung in der Bedeutung des Vermögensbegriffs, die eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Betruges rechtfertigen könnte, ist nicht erkennbar. Das hat auch die Einbeziehung der wirtschaftswissenschaftlichen Vermögenslehren in die Untersuchung bestätigt, die selbst eine natürliche, lebensnahe Auslegung und Wertbestimmung erstreben und daher an erster Stelle Anlaß zur Änderung und Erweiterung ihrer Vorstellung vom Vermögen nehmen müßten.

Die gewonnenen Erkenntnisse führen zu der Konsequenz, daß Vermögensschaden die Schmälerung eines abgegrenzten und materiell faßbaren Güterbestandes voraussetzt. Die damit gezogenen tatbestandlichen Grenzen lassen sich nicht zu Gunsten einer Ausdehnung des Strafschutzes vorverlegen, ohne daß gegen die Grundsätze rechtsstaatlicher Gesetzesinterpretation, speziell gegen das aus § 2 I StGB abzuleitende Analogieverbot, verstoßen würde. Die überlieferten Vorstellungen vom Wesensgehalt des Betruges als einer Straftat gegen das Vermögen werden aufgegeben, wenn § 263 StGB letztlich auch zur Ahndung von Verstößen gegen Treu und Glauben bzw. zum Immaterialgüterschutz eingesetzt oder durch Ausuferungen in subjektiver Richtung seines Charakters als Wertverschiebungsdelikt beraubt würde.

II. Gesamtbetrachtung des Resultates aus rechtspolitischer Sicht

1. Kriminalpolitische Motive für die Ausweitung des Strafschutzes

Ist es unzulässig, um der gleichen rechtspolitischen Interessenlage willen die gesetzliche Rechtsfolge auf einen außergesetz -

lichen Tatbestand auszudehnen, so müßte diese Untersuchung mit dem Vorschlag einer Änderung des Betrugstatbestandes schließen¹. wenn es sich erweisen sollte, daß die kriminalpolitischen Argumente gegen die wirtschaftliche Betrachtung dennoch überzeugen.

Es wurde bereits festgestellt, daß weder die Umgestaltung der Wirtschaftsordnung noch der fehlende Strafschutz gegen immaterielle Schädigungen die Ausweitung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs rechtfertigen². Es könnte aber überhaupt ein rechtspolitischer Bedeutungswandel des Betruges eingetreten sein, wie dies Bockelmann zur Begründung seiner personalen Vermögenslehre anführt, indem er feststellt³, das gewandelte Strafbedürfnis finde nicht mehr allein im Schutz realer Substrate sein Genügen, sondern fordere den Schutz des Vermögenssubjekts selbst und damit die weitgehende Anerkennung seiner persönlichen Interessen.

Der Schutz des Vermögenssubjektes ist aber sicher immer ein wichtiges Motiv des Gesetzgebers für die Schaffung vermögensstrafrechtlicher Vorschriften. Fraglich ist nur, ob er es in dieser Allgemeinheit in die tatbestandliche Ausgestaltung übernehmen soll. Ein Bedeutungswandel des Betruges, der zu einem derart umfassenden Schutz des Vermögenssubjektes zwänge, hat sich bisher nicht feststellen lassen. Auch die Erweiterungsbestrebungen in Praxis und Lehre blieben bei uneinheitlichen und teils einseitigen oder gar sachfremden Beweggründen⁴ jeweils auf bestimmte Fallgruppen oder Einzelfälle beschränkt.

Da der einzelne als Vermögensträger geschützt werden soll, wird dem Strafbedürfnis dadurch genügend Rechnung getragen, daß man den Tatbestand nicht als Angriff gegen die Person selbst, sondern als schädigende Beeinträchtigung ihrer Vermögenssphäre ausgestaltet. Für diese Regelung spricht auch die Tatsache, daß das

¹ etwa durch Ersetzung des Tatbestandsmerkmals der Vermögensbeschädigung mit "Zufügung allgemeiner, auch mittelbarer, Nachteile"; vgl. Kohlrausch, Schlegelberger-Festschrift 1936, 204 ff 222

² siehe oben S.69 ff u. S.56 ff

³ Kohlrausch-Festschrift S. 247 und Strafrechtliche Untersuchungen S. 238; vgl. oben S.63 ff

⁴ vgl. bes. S.31 ff und 36 ff

Strafrecht damit schon vom Tatbestand her die notwendige Begrenzung sowie die allgemeine Vorhersehbarkeit seiner Schutzwirkung generell gewährleistet. Das Merkmal der Vermögensbeschädigung garantiert bei richtiger Auslegung gerade die Unabhängigkeit von subjektiven Empfindungen. Der von einer objektiv-wirtschaftlichen Basis ausgehende Vermögensbegriff der herrschenden Lehre ist durchaus in der Lage, einerseits der Forderung nach angemessener Begrenzung gerecht zu werden und andererseits mit der individualisierenden Bewertung die aner kennenswerten persönlichen Sonderinteressen in ausreichendem Maße zu berücksichtigen.

Strafbedürfnis oder Rechtsempfinden sind die kriminalpolitischen Argumente, die für die Notwendigkeit einer Erweiterung der Schutzfunktion des § 263 StGB immer wieder ins Feld geführt werden¹.

Wenn etwa der Vertreter einen Abschluß dadurch erreicht, daß er dem Interessenten in grob arglistiger Weise eine besonders günstige Gelegenheit vorspiegelt, so kann nicht geleugnet werden, daß das Rechtsempfinden die Bestrafung eines solchen Verhaltens fordert, ganz besonders dann, wenn dem Käufer erhebliche finanzielle Belastungen aus dem Geschäft entstehen². Ähnlich strafwürdig erscheint auch das Handeln eines Stellenbewerbers, der vor seinen Konkurrenten nur durch krasse Täuschung seines zukünftigen Dienstherrn über seine fachliche oder persönliche Qualifikation die Anstellung erreicht.

Obwohl sich Rechtsprechung und Lehre darin einig sind, daß nur das Vermögen als Rechtsgut des Betruges geschützt wird³, geht man sicher nicht fehl in der Annahme, daß die Strafwürdigkeit in Fällen dieser Art weniger von der mitunter kaum erweislichen vermögensschädigenden Folge als von der sozial ethisch verwerf -

¹ vgl. Eser a.a.O. S. 294; Haupt NJW 1958, 938 ff, Kohlrausch, Schlegelberger-Festschrift 1936, 204 ff, 222; ferner die oben S. 5 bis 8 zitierte Literatur sowie die Kritik der reichsgerichtlichen Judikatur S. 36 ff

² Die Ahndung nach wettbewerbsrechtlichen Vorschriften ist nicht immer möglich, zumal das ULWG, z.B. § 4, in erster Linie dem Schutz der Konkurrenz dient und den Verbraucherschutz nur mittelbar erreicht; Eser a.a.O. S. 294

³ siehe oben S. 49 u. 50 Fn. 1

lichen Handlungsweise des Täuschenden bestimmt wird, der sich durch falsche Vorspiegelungen einen Vorteil zu verschaffen trachtet und sich dabei noch der in der Regel unbewußten Mitwirkung des Getäuschten bedient. Das eigentlich ausschließlich für das Strafmaß sowie nach kriminologischen Gesichtspunkten bedeutsame Charakteristikum der rücksichtslosen Ausbeutung fremden Vertrauens spielt hier die entscheidende Rolle. Das Strafbedürfnis ist aber ein nur unsicherer Faktor zum Beweis für die Notwendigkeit einer extensiven Auslegung oder Umgestaltung des Betrugstatbestandes. Es überzeugt immer nur dort, wo der Einzelfall einen ähnlichen groben Unwertgehalt zeigt wie in den beiden Beispielen. Daher erscheint es äußerst fraglich, ob sich insbesondere die Praxis einen guten Dienst erweist, wenn sie dem Rechtaempfinden in solchen Fällen durch eine Überdehnung oder die Forderung nach einem ändernden Eingriff in das sehr empfindliche Gebilde des Betrugstatbestandes zu genügen sucht.

2. Konsequenzen einer Ausweitung des Betrugstatbestandes

Im Rahmen kriminalpolitischer Zweckerwägungen sollte man auch die Konsequenzen untersuchen, die eine selbst teilweise Lösung von der überlieferten Vorstellung mit sich bringen muß, daß der Betrug ein Wertverschiebungsdelikt ist und in einen existenten Vermögensbestand eingreift. Die Praktikabilität eines erweiterten Vermögensbegriffs zeigt sich weniger am strafwürdig erscheinenden Einzelfall, sondern vielmehr bei seiner Anwendung auf alle denkbaren Sachverhalte, die dann unter den Betrugstatbestand subsumiert werden müßten. Stellt man etwa zur Erfassung eines strafwürdigen Falles Kriterien auf, die die Annahme des Vermögensschadens durch die Beeinträchtigung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit erlauben, so ist die notwendige Generalisierung dieser Erweiterung, will man nicht zu einem Gewirr von Ausnahmen gelangen¹, ihrerseits geeignet, eine in ihrem Umfang nicht vorhersehbare Poenalisierung von Werbe- und Verkaufsmethoden einzuleiten, die man aber selbst nur zu einem geringen Prozentsatz als echtes Kriminalunrecht empfindet und bewerten kann. Da etwa der Erwerb von Gebrauchs- oder Luxusgegenständen des täglichen Lebens, z.B. Kraftfahrzeug, Waschmaschine, Feisehgerät u.a., den Durch -

¹ vgl. Hardwig a.a.O. S. 21

schnittsverdiener häufig zu objektiv vermögensschädigenden Maßnahmen und Bindungen bzw. übermäßigen Opfern an wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit nötigt, ließe sich mit einer Aufweichung des Vermögensbegriffs in der angedeuteten Form unabhängig von Wert und Brauchbarkeit des Objektes oft ein Schaden bejahen. Das Schwergewicht des Betrugsnachweises würde damit ausschließlich auf die Täuschung verlegt.

Prüft man die in der Regel subjektiv gefärbten Zusicherungen über Qualität oder Preiskalkulation, die dem Käufer nach rein verkaufopsychologischen Erkenntnissen den Eindruck vermitteln sollen, es werde ihm ein besonders günstiges Angebot gemacht, so wird man bei genauer Untersuchung sehr oft Unwahrheiten erkennen oder verschwiegene Mängel der angebotenen Ware feststellen. Marktschreierische Übertreibungen sind an der Tagesordnung. Sie eignen sich nach ihrer Aufmachung und ihrem Inhalt in vielen Fällen zur Irreführung des Publikums über die Beschaffenheit von Waren oder über die Preisbemessung.

Großhändler und Einzelhändler bieten einen Preisnachlaß von 20% oder mehr gegenüber dem "Listenpreis" oder dem "empfohlenen Richtpreis" oder sie stellen diesem Preis ihr eigenes niedriges Angebot gegenüber. Nicht selten geht aber ihre Berechnung dabei von einem fiktiven Bezugswert aus und erweckt damit den Anschein einer Leistungsfähigkeit, die tatsächlich nicht besteht¹.

Es stellt sich die Frage, ob diese werblichen Gegenüberstellungen eines mit dem Wert der Sache nicht im echten Einklang stehenden Ausgangspreises mit dem durch den prozentualen Abschlag gekennzeichneten Preis oder die mit der "einmaligen Einkaufsgelegenheit" verbundenen qualitativen Anpreisungen den Charakter einer betrügerischen Täuschung erreichen. Bei der Prüfung wird die Bedeutung einer funktionalen Verbindung zwischen dem Irrtum und dem Schaden offenbar, die den Betrug kennzeichnet². Eine durch Täuschung bewirkte Irreführung ließe sich dagegen kaum bezweifeln,

¹ vgl. Schupp JR 1963,4 ff sowie Jecht GA 1963,41 ff, 45,47 zu der Schwierigkeit der Ermittlung eines angemessenen Preises, wie ihn auch BGH NJW 1961,1876 der Schadensfeststellung zugrundelegen möchte

² vgl. Hardwig a.a.O. S. 21 u. Schröder NJW 62, 722

und man auch die Verkehrsauffassung berücksichtigen sollte, d.h. der Sinn, den die angesprochenen Verkehrskreise oder doch zu einem nicht völlig unbeachtlicher Teil des Publikums in unangemessener Betrachtungsweise mit diesen Formulierungen verbinden. Das Publikum weiß, daß jede Werbung Eigenlob ist und Anpreisungen, auch in der Form von Tatsachenbehauptungen, oft eine subjektive Werbung tragen. Der Leser oder Hörer einer Werbung stellt dies in Rechnung und macht seinerseits Abstriche von den werblichen Übertreibungen.

Diese Erkenntnisse und Überlegungen bestätigen die Auffassung, daß die Betrugsstrafe grundsätzlich nicht das angemessene Mittel ist, um solchen Mißständen zu steuern¹ und die Moral des Kaufmanns zu heben, mögen auch die angeführten Geschäftsmethoden schonst unerfreulich und anrühlich sein. Es ist vielmehr Sache des Wettbewerbsrechts, unlauteren Praktiken dieser Art zu begegnen.

Die Schutzfunktion des Betruges kann ihrem Wesen nach nicht bereits dort einsetzen, wo die Aussicht auf einen günstigen Erwerb getauscht wurde, sondern erst dann, wenn ein schädigender Eingriff in einen begrenzten Vermögensbestand erfolgt ist. Letzteres ist aber bei allen den kriminologischen Erscheinungsformen der Fall, die in der Gestalt des Waren- und Warenkreditbetruges, des Grundstücks- und Baubetruges, des Kautions- und Beteiligungsbetruges sowie des Geld- und Geldkreditbetruges den ganz eindeutigen Schwerpunkt der Betrugs kriminalität bilden. Die wirtschaftliche Betrachtung des Vermögens erweist sich dabei für die Strafrechtspraxis als ein durchweg recht brauchbares Kriterium. Auch innerhalb eines Austauschverhältnisses ist der wirtschaftliche Wert der Gegenleistung kaum einmal zweifelhaft, denn die faktuell-objektive Methode führt, jedenfalls bei angemessener Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Betroffenen, in der Regel zu einer klaren Beantwortung der Frage des Vermögensschadens. Brauchbarkeit und Verwertbarkeit nach den individuellen Gegebenheiten bieten der Praxis gute Anhaltspunkte für die Schadensermittlung, auf die auch bei Auftauchen neuer Täterpraktiken das Interesse einer sicheren Tatbestandsauslegung nicht verzichtet

¹ vgl. Fecht a.a.O. S. 48, andererseits Koch NJW 1960, 277 ff sowie Fecht a.a.O. S. 294

werden sollte.

Der Verfasser hatte wiederholt Gelegenheit, die Praktikabilität solcher Faktoren, die letztlich auch eine Abgrenzung des Betruges gegenüber den bloß unlauteren Werbemethoden ermöglichen, zu erproben.

Gerade in letzterer Zeit bestätigte sich diese Beobachtung wieder bei der strafrechtlichen Würdigung neuartiger Verkaufsmanipulationen. Mehrere Inhaber von Vertriebsfirmen der Schreibmaschinenbranche sowie deren Vertreter hatten die Erschließung neuer Käuferschichten durch die Koppelung des Verkaufs von Schreibmaschinen mit der Vermittlung von Heimarbeit erreicht. Sie waren Interessenten für Heimarbeit, denen sie gute Verdienstmöglichkeiten durch das Schreiben von Adressen in Aussicht stellten. Da für diese Arbeit eine Schreibmaschine erforderlich sei, bewogen sie ihre "Heimarbeiter" auch zum Kauf derselben, wobei sie behaupteten, die entstehenden Ratenzahlungsverpflichtungen könnten mühelos aus dem Nebenverdienst erfüllt werden. Die im Schreibmaschinenschreiben meist ungeübten Käufer, in der Regel Hausfrauen und Rentner, konnten einen auch nur annähernd lohnenden Verdienst nicht erzielen, sofern sie überhaupt Schreibaufträge erhielten. Sie gaben die Arbeit auf, blieben aber aus dem getrennt gehaltenen Teilzahlungskaufvertrag weiter verpflichtet, zumal sie meist aus Unerfahrenheit keine zivilrechtlichen Gegenmaßnahmen ergriffen.

In mehreren tausend Fällen wurde den Betroffenen durch die Ermittlungsbehörde u.a. die Frage gestellt, ob sie die Schreibmaschine auch ohne Aussicht auf Heimarbeit gekauft und anderweitige Verwendung für sie hätten. In der Regel erwies sich die Maschine lediglich als notwendiges Mittel für die Erschließung der erhofften Verdienstmöglichkeit und stand nach deren Wegfall mehr oder weniger nutzlos beim Käufer herum.

Wollte man den Betrugsschaden aber auch in den Fällen bejahen, in denen der Käufer für die Schreibmaschine Verwendung hatte und sie selbst ohne Aussicht auf Heimarbeit bei nächster Gelegenheit gekauft hätte, müßte man zu dessen Begründung ein Beschränkung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit ausreichen lassen und sähe sich, abgesehen von rechtstheoretischen Bedenken¹, einer Reihe

¹ fehlende Stoffgleichheit, vgl. oben S. 53 ff

praktischer Probleme und unsicherer Wertungsfragen ausgesetzt. Hatte der Betroffene etwa ein Darlehen beansprucht oder eine zusätzliche Arbeit übernommen, so geschieht das erfahrungsgemäß im Hinblick auf die wirtschaftliche Gesamtsituation. Der Ratenzahlungsabschluß ist dabei nur einer der in ihrer verschiedenartigen Zusammenwirkung kaum abzuwägenden Faktoren. Hatte sich der Getäuschte anderweitige wirtschaftliche Beschränkungen auferlegt, so ist sowohl bedeutsam, ob diese Beschränkungen angemessen und notwendig waren als auch, ob sie nicht etwa ihre eigentliche Ursache in vorausgegangenen unwirtschaftlichen Dispositionen hatten.

Schließlich wird man sich in Fällen dieser Art auch die rechtspolitisch nicht völlig unbeachtliche Frage stellen müssen, ob es Aufgabe des Strafrechts ist, sorglose und leichtgläubige Menschen gegen ihre eigene Unwirtschaftlichkeit zu schützen¹.

Nach Ansicht des Verfassers sprechen gerade die in diesem Abschnitt erörterten Zweckerwägungen, die zum Teil für die Erweiterung der Betrugsanwendung vorgebracht werden, bei ihrer Gesamtwürdigung gegen diese Bestrebungen und für die Beibehaltung der durch RGSt 16, 1 ff entwickelten wirtschaftlichen Grundsätze zur Ermittlung des Vermögensschadens.

III. Kriterien für die Annahme des Betrugsschadens bei wertgleicher Gegenleistung

Um die einleitend zur Präzisierung der Aufgabe dieser Untersuchung gestellte Frage² vollständig beantworten zu können, bedarf es nun innerhalb der jeweiligen Fallgruppen des Betruges der Prüfung, ob und unter welchen Voraussetzungen die als maßgeblich ermittelte wirtschaftliche Auffassung vom strafrechtlichen Vermögensbegriff die Annahme des Schadens erlaubt, wenn für die im Austausch bewirkte Leistung des Getäuschten eine objektiv brauchbare und wertgleiche Gegenleistung gewährt wurde.

1. Bewertung der Gegenleistung bei Kauf und Tausch

a) Individuell-objektive Beurteilung der Branchbarkeit

Mit der herrschenden Lehre ist zum Vergleich des Wertes von

¹ so BGHSt 3,99, ferner Grünhut RG-Festgabe V, S. 122

² siehe oben S.9

Leistung und Gegenleistung ein objektiv-wirtschaftlicher Ausgangspunkt zu wählen¹. Abgesehen davon, daß eine Leistung des Täuschenden als Ausgleichsfaktor ohnehin nur in Frage kommen kann, wenn sie in unmittelbarem ursächlichen Zusammenhang mit der unter dem Einfluß des Irrtums bewirkten Vermögensverfügung des Getäuschten, d.h. als echte Gegenleistung, erfolgt ist², sind die beiderseitigen Leistungen nur in ihrer wirtschaftlichen Gesamtbedeutung für den Betroffenen zu bewerten. Damit ist der Maßstab der Schadensberechnung bereits individualisiert, denn es ist eine Verbindung zwischen dem abstrakten Verkehrswert, der wohl in den seltensten Fällen als Grundlage in Frage kommen wird, und dem Realisierungswert hergestellt, welcher dem jeweiligen Objekt nach den Verhältnissen des Einzelfalles innewohnt. Maßgebend für Gewinn und Verlust ist die objektive Brauchbarkeit der Gegenleistung für die speziellen Zwecke und Bedürfnisse des Getäuschten³.

Wenn der Bundesgerichtshof im Melkmaschinenfall feststellt, das Vermögen einer Bäuerin sei beschädigt, da die an sich vollwertige Melkanlage nicht, wie vorgespiegelt, für zehn Kühe, sondern höchstens für zwei bis drei Kühe ausreiche, so trifft dies genau die Vorstellung von der erforderlichen Berücksichtigung des persönlichen Einschlags bei der Ermittlung der Beschädigung. Die individuelle Interessenlage ist insoweit objektiver Bewertung zugänglich. Auch der unbefangene Beurteiler kann der Käuferin nicht zumuten, den Ausgleich ihres Schadens durch eine provisorische Verwendung der Anlage zu versuchen.

b) Fehlen zugesicherter Sacheigenschaften

Nach den gleichen individuell-wirtschaftlichen Gesichtspunkten sind die Fälle fehlender Sacheigenschaften⁵ zu lösen. Wollte man

¹ siehe oben S. 22

² Schönke-Schröder Anm. VII 2 b zu § 263; Jagusch LK Vorbem. III 3 b vor § 249

³ Grünhut RG-Festgabe V, 121; Schönke-Schröder Anm. VII 2 a zu § 263; Jagusch LK Vorbem. III 2 d aa zu § 249; Maurach BT S. 298; Mezger StUB II S. 182; Gutmann a.a.O. S. 92

⁴ BGHSt 16, 321, ebenso BGHSt 3, 99, 8, 46 sowie BGH MDR 1952, 408. BGH JR 1955, 229 und OLG Köln JR 1957, 351

⁵ siehe oben S. 40

allein im Fehlen der vertraglich zugesicherten Eigenschaft den Vermögensschaden erblicken, so käme dies der abzulehnenden rechtlichen Betrachtungsweise nahe¹, die auf bloße formaljuristische Kriterien abstellte. Dagegen ist der Feststellung des Bundesgerichtshofes², das Nichtvorhandensein einer Eigenschaft beeinträchtigt gewöhnlich auch den wirtschaftlichen Wert einer Sache, beizupflichten. Wenn in diesem Fall dennoch der Betrugsschaden verneint wurde, so geschah dies völlig zu Recht, denn dem Käufer war bei der konkreten Sachlage kein Schaden entstanden. Dem besonderen Verwendungszweck, den er mit dem Erwerb verband - er wollte mit dem Kauf die unlauteren Werbemethoden eines Konkurrenten beweisen - genügte die Ware gerade wegen des Fehlens der Eigenschaft.

Ausschließlich auf die individuell-wirtschaftlichen Verhältnisse stellte in Übereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung auch das BayOLG³ zur Beurteilung der Frage ab, ob der entgegen der Vorspiegelung wesentlich höhere Kilometerstand den Wert eines Gebrauchtwagens beeinträchtigen könne. Der Richter kann sich in aller Regel hier nicht auf die Prüfung beschränken, ob das Fahrzeug zur Tatzeit auch mit höherem Tachometerstand zu dem geforderten Preis gehandelt worden wäre. Das Ergebnis wäre zu einseitig von der jeweiligen Marktlage bestimmt. Die besonderen Interessen des Käufers können nur dann gebührend berücksichtigt werden, wenn nicht der saisonbedingte Marktpreis, sondern der nachhaltige Wert des Kraftwagens zum Ausgangspunkt für die Schadensermittlung bestimmt wird. Vorwiegend nach Alter und Kilometerstand richtet es sich, wie lange ein Fahrzeug noch rentabel genutzt und mit welcher Preisminderung es schließlich verkauft werden kann.

Mit der gebotenen spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise ist es dagegen nicht in Einklang zu bringen, daß bei Fehlen zugesicherter Sacheigenschaften über diese wirtschaftlichen Bewertungsaspekte hinaus noch der juristische Vertragswert zur Grundlage einer Schadenskonstruktion genommen wird.⁴ Diese Auffassung

¹ siehe oben S. 16

² NJW 1961, 1876

³ MDR 1962, 70

⁴ vgl. OLG Köln NJW 1959, 1980; OLG Hamm NJW 1960, 642 und BB 1960, 503; Jagusch LK Vorbem. III 3 d bb vor § 249; Lenskner MDR 1961, 652 und NJW 1962, 59

beruht zwar auf der grundsätzlich zutreffenden Erkenntnis, daß auch vertraglich gewährte Rechte zu den Vermögensbestandteilen zählen, sofern sie wirtschaftlicher Wertung zugänglich sind¹. Ein Schaden des Käufers läßt sich daher nach den Grundsätzen des Erfüllungsbetruges ermitteln, indem man seinen Vertragsanspruch mit der zur Erfüllung gewährten Verkäuferleistung vergleicht. Sofern die zugesicherte Eigenschaft nicht nur ideellen Wert hat, müßte sich bei deren Fehlen eine meßbare Minderleistung des Verkäufers ergeben. Ein solches Verfahren der Schadensermittlung fordert aber das Vorliegen der Voraussetzungen eines vertraglichen Anspruches. Die Zusicherung müßte Vertragsbestandteil geworden sein²: Mit Rechtweisen Lenckner³ und Parsch⁴ auf dieses kriminalpolitisch unbefriedigende Erfordernis hin. Der Verkäufer bliebe demnach straffrei, wenn er es verstünde, die vorgetäuschte Sacheigenschaft nicht zum Bestandteil eines schriftlichen Vertrages werden zu lassen, da sie dann bei der üblicherweise durch schriftlichen Zusatz bewirkten Unverbindlichkeit mündlicher Nebenabreden auch nicht als Anspruchsgrund gelten könnte.

Außerdem gewährt das Zivilrecht grundsätzlich nur beim Gattungskauf, § 480 I BGB, den Erfüllungsanspruch des Käufers auf den Mehrwert, während sich dessen Anspruch beim Stückkauf zunächst auf die Lieferung der geschuldeten Sache beschränkt, §§ 433 I BGB, und erst danach auch die sekundären Sachmängelrechte, §§ 459 ff BGB, umfaßt⁵. Um die sich hieraus ergebenden Lücken in der Konstruktion des Erfüllungsbetruges zu schließen, sieht Lenckner⁶ eine weitere Möglichkeit zur Begründung des Betrugschadens in dem Vergleich zwischen dem vom Käufer tatsächlich gezahlten vollen Kaufpreis und dem Betrag, der im Hinblick auf sich ergebende Minderungsrechte, §§ 459 ff, 472 BGB, letztlich

¹ siehe oben S. 20 ff sowie RGSt 16, 10

² Jagusch LK Vorbem. III 3 d bb vor § 249 sowie OLG Köln NJW 1959, 1980, OLG Hamm NJW 1960, 642 und BB 1960, 503; a.A. Schönke-Schröder Anm. VII 2 d (S. 1029)

³ MDR 1961, 652 ff, 653

⁴ NJW 1960, 977

⁵ vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, S. 430 ff Larenz Schuldrecht II, S. 31 ff

⁶ MDR 1961, 652 ff, 654 und NJW 1962, 59

geschuldet war¹. Sieht man einmal davon ab, daß selbst diese zivilrechtlichen Konstruktionen einer Vermögensbeschädigung nicht in allen Fällen durchgreifen dürften, weil z.B. eine nach § 472 BGB erforderliche Wertdifferenz fehlt², so erheben sich gegen diese Methoden zum Nachweis eines strafrechtlichen Tatbestandsmerkmals auch grundsätzliche Bedenken. Mit der Anerkennung des zivilrechtlichen Anspruchs auf das positive Interesse wurde das Reicherwerden in einem Umfang geschützt, der mit dem Begriff der vermögensgleichen wirtschaftlichen Anwartschaft nicht mehr gedeckt werden kann. In der Regel liegt noch auch in Fällen dieser Art bereits Eingehungsbetrug vor. Dann war aber das für die Konstruktion des Erfüllungsbetruges angenommene Vertragsrecht schon mit seinem Entstehen wirtschaftlich minderwertig und kann seinerseits für die Begründung eines Betrugsschadens nicht mehr als vollwertig fingiert werden, will man sich nicht dem Vorwurf eines Rückgriffs auf die als unrichtig abgelehnte subjektiv-objektliche Betrachtungsweise aussetzen³.

Schließlich vermag die gebotene natürliche Auffassung auch die isolierte Bewertung einer Zusicherung. Diese kann nie allein Handelsobjekt sein, sondern immer nur als Eigenschaft der veräußerten Sache wirtschaftliche Bedeutung gewinnen. Das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft läßt sich daher nicht anders als im Rahmen der notwendigen wirtschaftlich-tatsächlichen Gesamtbeurteilung bewerten.

a) Wirtschaftlicher Minderwert bei gutgläubigem Rechtserwerb

Bediente man sich gerade eben noch in dem Bestreben um Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Betrugsstrafe bedenklich an wankender zivilrechtlicher Konstruktionen, so sieht sich die Rechtsprechung zur extensiven Lösung dieser Fallgruppe des Betruges vor die Notwendigkeit gestellt, ein ganzes System des bürgerlichen Rechts außer acht zu lassen. Die Judikatur spricht sich heute nahezu einhellig⁴ dafür aus, daß dem gutgläubigen

¹ vgl. auch Schönke-Schröder Anm. VII 2 d zu § 263

² Gutmann a.a.O. S. 93

³ vgl. Isen a.a.O. S. 293 sowie Kohlrausch-Lange Anm. V 2 a: der Wert einer Gegenleistung ist tatsächlich und nicht juristisch festzustellen

⁴ siehe oben S. 41 ff

Erwerber eine Vermögensbeschädigung entstehe, denn er erhalte weniger, als er nach den Abmachungen mit dem Veräußerer erhoffen durfte. In seinem neuerlichen Beschluß vom 29.7.1960¹ sah sich der Bundesgerichtshof im Hinblick auf die zahlreichen Angriffe des Schrifttums² zu einer ausführlichen Stellungnahme veranlaßt. Er erkannte den wirtschaftlichen Minderwert des Gutgläubenserwerbes darin, daß der Erwerber einen Gegenstand erlangt, den der frühere Berechtigte zurückzuerhalten versuchen werden, wobei es ungewiss sei, ob seinem Herausgabeverlangen nicht schließlich stattgegeben werden müsse. Möglicherweise sei der Erwerbsvorgang nicht absolut unverfänglich gewesen oder der Erwerber könne sich etwaiger Schwierigkeiten mit Aufsichtsbehörden oder Organen des Handelsstandes oder eines Verlustes an Ansehen nicht aussetzen. Diese Ungewissheiten reichen nach Auffassung des BGH zur Annahme einer wirtschaftlichen Schädigung aus, während die Gegenmeinung, die maßgeblich auf die Wirksamkeit des Eigentumserwerbs gemäß § 932 BGB abstelle, zu sehr in "dogmatisch zivilrechtlichen Erwägungen" befangen sei.

Wenn auch der Bundesgerichtshof eine Differenzierung seiner Lösung für geboten hält, so überschreitet er doch mit dieser Verallgemeinerung die Grenzen, die durch den Grundsatz individuell-objektiver Schadensermittlung gezogen sind. Mit den von ihm angedeuteten recht vagen Möglichkeiten läßt er eigentlich bereits die Gefahr einer Gefahr³ für die Vermögensminderung genügen. Zudem sind mit den erwähnten "Schwierigkeiten" und dem Verlust an Ansehen ihrem Wesen nach inkommensurable Werte an dem Zustandekommen des Ergebnisses nicht unmaßgeblich beteiligt, selbst wenn dies nicht so deutlich wie in RGSt 73,61 zum Ausdruck gekommen ist. Lediglich die Prozessgefahr bleibt als bedingt wirtschaftlicher Aspekt bestehen. Geht aber diese Gefahr so nennenswert über das Prozessrisiko hinaus, das mit jedem Rechtserwerb verbunden ist⁴ und ist sie andererseits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses schon so wahrscheinlich, daß die

¹ BGHSt 15,83 = NJW 1960,1916

² Oehler GA 1956, 161 ff; Traub NJW 1956,450 ff; Welzel Lb. 6. Aufl.S.306; Müller-Webers NJW 1954,220; Kohlrausch-Lange 42. Aufl. Anm. V 2g zu § 263; Schwarz 21.Aufl. Anm.4 A zu § 263; Maurach BT S. 290

³ Traub NJW 1956,450 ff,451

⁴ vgl. Gutmann a.a.O. S. 94; Traub a.a.O. S. 451

Ungewissheit darüber bereits den Vermögenswert mindert ?¹

Diese Frage kann man nicht allgemein bejahen. Erst bei Nachweis eines konkreten Schadens, wie er z.B. in dem der Entscheidung BGHSt 1,92 zugrundeliegenden Sachverhalt gegeben war, ist Betrug anzunehmen².

So wie es kein juristisches Eigentum zweiter Klasse gibt, muß auch die wirtschaftliche Betrachtung von einem vollwertigen Eigentum ausgehen und kann erst nach der gebotenen Berücksichtigung der Besonderheiten des konkreten Falles einen Minderwert anerkennen. Wenn sich dieses Ergebnis auch mit dem der abgelehnten juristischen Auffassung deckt, so ist es doch nicht durch einen Rückgriff auf diese Theorie erzielt. Die ökonomische Lehre ist bei konsequenter Befolgung ihrer Grundsätze nicht in der Lage, schon bei allgemein zu befürchtenden "Schwierigkeiten" der angeführten Art eine Vermögensminderung zu bejahen und gelangt daher zum gleichen Ergebnis.

d) Betrugsschaden durch übermäßiges Opfer an wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit

Wenn für Gewinn und Verlust die Individualität des Einzelfalles den Ausschlag gibt, so hängt die Frage der Vermögensbeschädigung auch nicht allein davon ab, ob die im Austauschverhältnis gewährte Gegenleistung ihrer Beschaffenheit nach wirtschaftlich schädliche Mängel der bisher erörterten Art aufweist. Der individuelle Vermögenswert wird vielmehr auch durch die Auswirkung des Austausches auf die Zusammensetzung des Vermögens bestimmt. Selbst bei gleichbleibender Gesamtsumme kann

¹ RGSt 16,11; vgl. auch Grünhut RG-Festgabe V, S. 122

² so die überwiegende Meinung in der Rechtslehre: Kohlrausch-Lange Anm. v. 23 zu § 263; MaurachBT S. 290; Bockelmann JZ 1952, 461 ff.; Weigelin ZStW Bd 61, 291 ff.; Oehler GA 1956, 161 ff.; Traub a.a.O. S. 450 ff.; Müller-Webers NJW 1954, 220; Mittelbach JR 1961, 69; Schwarz Anm. 5 A zu § 263; Gutmann a.a.O. S. 94; Maurach NJW 1961, 625 ff., 629 mit Fn. 26; Jagusch LK Vorbem. III 4 vor § 249 und Schönke-Schröder Anm. VII 2 c stellen auf die Sachlage ab und beschränken sich im übrigen auf die Judikatur; a.A. ausdrücklich Sauer a.a.O. S. 91, der einen Minderwert im Recht für gegeben hält, indem er die analoge Anwendung von § 935 I BGB fordert und im übrigen den wirtschaftlichen Schaden in der möglichen Verfolgung wegen Hehlerei, dem Verlust an Zeit, Arbeits- und Nervenkraft sieht.

sich aus der Umschichtung vermögenswerter Positionen eine nachteilige Wirkung für die Gesamtvermögenslage des Betroffenen ergeben. Das erklärt, daß auch die Leistung des Getäuschten, in der Regel eine Geldzahlung, für die objektiv-individuelle Wertung eine Rolle spielt¹. Mark ist nicht gleich Mark, sondern bei verschiedenen finanziellen Verhältnissen kann sich die Zahlung eines gleich hohen Geldbetrages für die wirtschaftliche Situation der Betroffenen unterschiedlich auswirken. Bei einer akuten Knappheit an Geldmitteln wird die Geldleistung für den Vermögensträger höher zu veranschlagen sein. Daher kann auch eine Gegenleistung, die zwar objektiv den Wert der Zahlung aufwiegt, nach der individuellen Wertung zur Vermögenseinbuße ausreichen. Diese Erkenntnis veranlaßt Praxis und Lehre zur Bejahung des Betrugsschadens, wenn der Getäuschte durch die irrumsbedingte Verfügung seine Wirtschaftslage in einem hohen, für seine Verhältnisse unvertretbaren Maße belastet hat, wobei man im einzelnen recht unterschiedliche Kriterien nennt². Von einer Anerkennung der bloßen Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit als Vermögensschaden unterscheiden sich diese Anforderungen jedoch dadurch, daß nicht auf die Verfügung selbst abgestellt wird, sondern auf deren unmittelbare Auswirkung für die Wirtschaftsführung des Betroffenen.

Letztlich hat man es auch hier mit einem Anwendungsfall der Brauchbarkeit und Verwertbarkeit eines Gegenstandes nach den persönlichen Verhältnissen des Betroffenen zu tun. Dieser per-

¹ vgl. Gutmann a.a.O. S. 93

² zur Judikatur vgl. Zusammenstellung in BGHSt 16,321, ferner oben S. 43 ff; Lehre: nach Schönke-Schröder Anm. VII 2a zu § 263 können langfristige Liquiditätsbeschränkungen oder Unerwünschtheit eines Vertrages zum Vermögensschaden führen; Jagusch LK Vorbem. III 2 d cc stellt auf die Auswirkung der Verpflichtung für die Wirtschaftslage des Betroffenen ab, wobei ebenfalls unerwünschte Bindung für die Annahme eines Vermögensschadens als ausreichend gehalten wird; auch Kohlrausch-Lange Anm V 2 zu § 263 und Schwarz Anm. 4 B c scheinen der Judikatur zuzustimmen; vgl. ferner Schröder NJW 1962,721; Gutmann a.a.O. S. 93,94; Eser a.a.O. S. 297; Lenckner MDR 1961,652; Lang-Hinrichsen Anm. zu LM Nr. 56 § 263; Welzel Lb. S. 317; mit Einschränkung Maurach BT S. 299; ablehnend Hardwig a.a.O. S. 20 wegen fehlender Identität zwischen der Beeinträchtigung und dem Tätervorteil

sönliche Einschlag bei der Schadensermittlung muß mit der wirtschaftlichen Auswirkung des zu bewertenden Vorganges auch die Gesamtsituation des Vermögensinhabers berücksichtigen. Es besteht dabei die Gefahr, daß aus einer mehr oder weniger isolierten Betrachtung der Vermögenslage des Getäuschten vor - schnell auf den Betrugsschaden geschlossen wird, indem man allgemein folgert, der arme Mann werde betrogen, wenn ihm Sachen "aufgeredet" werden, für deren Erwerb er Zahlungen in einer für ihn fühlbaren Höhe zu leisten hat¹.

Subjektive Planung und Einschätzung des Erwerbsgeschäftes durch den Getäuschten sind aber für die Gesamtwirkung der Verfügung auf sein Vermögen, auf die Entstehung oder Verschärfung seiner wirtschaftlichen Zwangslage, ebenso bedeutsam. Schließlich hat man gerade hier die schon mehrfach betonten funktionalen Beziehungen innerhalb der Tatbestandsmerkmale des Betruges besonders zu prüfen, denn die nachteilige Wirkung kann auch auf andere Ursachen als auf die irrtumsbedingte Vermögensverfügung zurückzuführen sein.

Zur Vermeidung dieser Unsicherheitsquellen empfiehlt es sich, den Schadensaspekt des übermäßigen Opfers in das System der individuell-objektiven Ermittlungsmethode einzuordnen, indem man ihn in die Prüfung der Brauchbarkeit und Verwertbarkeit der Gegenleistung einbezieht. Will man feststellen, ob sich eine Sache als minder brauchbar erweist, muß man sie auch an der Aufwendung des Getäuschten selbst messen. Besonders angespannte wirtschaftliche Verhältnisse erlauben vom Standpunkt des objektiven Beurteilers aus den Schluß, daß durch eine unwirtschaftliche Anschaffung eine Vermögensbeschädigung entsteht. Der erlangte Gegenstand ist auch bei einer an sich nach Stand, Beruf oder persönlichen Eigenschaften des Erwerbers gewährleisteten Verwertbarkeit für diesen von mindermem Wert, wenn er durch seine Finanzlage gezwungen wäre, die ihm zur Verfügung stehenden Barmittel an anderer Stelle zu verwenden. So

¹ dieser Gefahr scheint das OLG Celle erlegen zu sein, wenn es folgerte, eine Verpflichtung zur Zahlung von DM 6,-- monatlich für ein halbes Jahr berechtigte zur Annahme des Betrugsschadens wegen fühlbarer Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit (Nds RPfl 1956, 210)

erweisen sich z.B. Aufwendungen zur Bestreitung des Lebensunterhaltes oder zur Begleichung drückender Verbindlichkeiten als derart notwendig, daß dagegen weniger dringende Anschaffungen zu einer Minderung des Gesamtvermögens führen. Der Betrugsschaden durch unwirtschaftlichen Erwerb resultiert aus der besonderen wirtschaftlichen Bewertung der Gegenleistung des Getäuschten, welcher ein für seine Verhältnisse geringwertigeres Äquivalent erlangt. Dieser Gesichtspunkt findet eine gewisse Stütze im Insolvenzrecht,¹ welches den Gemeinschuldner bei Strafdrohung² zur quotenmäßigen Befriedigung seiner Gläubiger nach den Vorschriften der Konkursordnung anhält³.

Mitunter wird allerdings die Prüfung sehr schwierig sein, denn die Wertung setzt sowohl voraus, daß der Betroffene seine Wirtschaftslage richtig erkannt und eingeschätzt hatte als auch, daß er ohne die Täuschung nach diesem Gebot der Notwendigkeit gehandelt und unwirtschaftliche Dispositionen vermieden haben würde⁴.

Bei aller Problematik der Schadensfeststellung im Einzelfall läßt sich doch die notwendige Objektivierung dadurch erreichen, daß man bei der Prüfung diese Wechselbeziehungen zwischen der wirtschaftlichen Situation des Getäuschten und der Verwertbarkeit eines Gutes für seine Zwecke einbezieht. Je weniger das Objekt dem zur angemessenen Lebensführung notwendigen Bedarf, dem Erwerb oder der Berufsausübung dient, sondern irgend welchen Liebhaberinteressen oder ausgesprochenen Luxuszwecken, umso mehr hängt die Frage seiner Brauchbarkeit auch von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Erwerbers ab. Es entspricht durchaus der Lebenserfahrung, daß zur Anschaffung von Bedarfsgütern ganz bewußt erhebliche Belastungen in Kauf genommen werden, die nicht selten eine Beschränkung in lebensnotwendigen

¹ vgl. Schröder NJW 1962, 721

² § 241 KO Gläubigerbegünstigung

³ vgl. auch § 56 VerglO

⁴ auch BGHSt 3, 99 stellte fest, daß die Getäuschten ohnehin nicht rein wirtschaftlich gehandelt hätten

Bereichen zur Folge haben. Der Käufer verspricht sich vom Ge- oder Verbrauch des erworbenen Gegenstandes wirtschaftliche Vorteile, die die Anstrengungen, welche mit dem Erwerb verbunden waren, ausgleichen sollen. Bei einer solchen Sachlage wird man nur ganz ausnahmsweise einmal aus der Erschwerung der finanziellen Lage auf die individuell-objektive Minderwertigkeit des Erlangten und damit auf den Vermögensschaden schließen können. So wie etwa Industrie und Handwerk zur Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit, zur Rationalisierung oder aus Mangel an Arbeitskräften kostspielige Investitionen betreiben, sieht sich auch der Landwirt aus ähnlichen Gründen zur Modernisierung seines Betriebes veranlaßt. Er kann aber dann nicht an seinem Vermögen beschädigt sein, wenn er, sei es auch infolge Vorspiegelung einer besonders günstigen Gelegenheit, einen Kaufvertrag über eine für seine Landwirtschaft voll brauchbare Anlage abschließt, es sei denn, es bestünde berechtigter Grund zu der Annahme, daß gerade die mit diesem Abschluß verbundenen Zahlungsverpflichtungen eine akute Gefährdung der Existenz des bäuerlichen Unternehmens selbst bewirkt hätten. Bis hierher ist auch den Gründen zuzustimmen, die der Bundesgerichtshof in Leitsatz c seines Beschlusses BGHSt 16,321 angeführt hat. Es fällt jedoch schwer, dem Bundesgerichtshof zu folgen, wenn er eine für § 263 StGB ausreichende Beeinträchtigung des Gesamtvermögens auch darin sieht, daß die den getäuschten Bauern verfügbar gebliebenen Restmittel infolge ihrer an den bisherigen Bedürfnissen des jeweiligen Erwerbers gemessenen Unzulänglichkeit an Verwertbarkeit und damit an Wert verlieren. Da der Sachverhalt erkennen läßt, daß es sich bei den Unternehmen der Getäuschten nicht um bäuerliche Kleinbetriebe handelte, andererseits auch eine Rangfolge bei betriebswirtschaftlichen Dispositionen kaum aufgestellt werden kann, wird die gesamtwirtschaftliche Betrachtung schwerlich den vollen Gebrauchswert der Melkmaschinen übersehen und zu der Feststellung gelangen, die Erwerber hätten an anderer Stelle ihre Mittel zweckmäßiger einsetzen können.

Abgesehen davon, daß der Betrugsschaden im vorliegenden Fall bereits ausscheidet, weil die Bauern das wirtschaftliche Risiko des Abschlusses in seiner Höhe kannten und bewußt zur Rationalisierung ihrer Milchwirtschaft in Kauf nahmen, insoweit

also nicht getäuscht waren¹, kann ein solcher Gesichtspunkt die Begründung des Schadens doch wohl nur dann mit der erforderlichen Sicherheit tragen, wenn es sich nicht um die Anschaffung ausgesprochener Bedarfsgüter handelt.

Zu einer bedenklichen Ausweitung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs führt besonders die Formulierung des Bundesgerichtshofes, eine Vermögensbeeinträchtigung im Sinne des § 263 StGB könne auch dann angenommen werden, wenn der Getäuschte durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt werde, indem er entweder zur Beschaffung der Mittel für die Vertragserfüllung ein anderes wirtschaftliches ungünstiges Geschäft abschließen oder einen wirtschaftlich ungünstigen Verkauf tätigen oder einen anderen vorteilhaften Abschluß unterlassen müsse². Zwar erblickt der Bundesgerichtshof den Vermögensschaden nicht in diesen mittelbaren Folgen der durch die Täuschung bewirkten Verfügung, sondern bewertet sie nur als Beurteilungskriterien für die Prüfung des Betrugschadens infolge übermäßiger Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit³. Er ist auch bemüht, die Möglichkeit der Annahme eines Betrugsschadens in solchen Fällen mit wertgleicher Gegenleistung zu begrenzen, indem er ausdrücklich darauf hinweist, daß die Nachteile durch den beträchtlichen Gebrauchswert der Gegenleistung ausgeglichen werden könnten. Dennoch gewährt er mit den zitierten Grundsätzen im Ergebnis einen Bewertungsspielraum für die Bestimmung des Betrugsschadens, den die Lehre vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff mit ihrer individuell-objektiven Schadensermittlung nicht mehr zu stützen vermag. Die Grenzen einer vertretbaren Individualisierung werden überschritten, da letztlich die subjektive Bewertung des Getäuschten oder auch der Strafverfolgungsorgane den Ausschlag bei der Bestimmung des Betrugsschadens zu geben vermag. So ist wohl kaum eine durch Täuschung bedingte Vermögensverfügung denkbar, als deren mittelbare Folge sich nicht eine vermögensschädigende Auswirkung, etwa als Verzicht auf

¹ Gutmann a.a.O. S. 95; Schröder NJW 1962, 722

² BGHSt 16, 321 Leitsatz b; siehe oben S. 3

³ vgl. BGH 16, 328, 329

den Abschluß irgendeines anderen vorteilhaften Geschäftes, feststellen oder gar konstruieren ließe.

Da die herrschende Lehre vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff mit ihrer im Grunde objektivistischen Schadensauffassung solche Ergebnisse gerade zu vermeiden sucht, können die wirtschaftlichen Folgen einer irrtumsbedingten Verfügung auch nur dann als Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB berücksichtigt werden, wenn sie sich aus dem Betrugsgeschäft als solchem ergeben. Das ist aber nicht der Fall, sofern der Getäuschte sich erst durch Veräußerungen oder sonstige wirtschaftlich ungünstige Dispositionen oder gar durch Unterlassen anderer vorteilhafter Abschlüsse die Mittel für die Vertragserfüllung beschafft bzw. erhält. Wollte man solche tatfernen Folgen auch nur als Beurteilungskriterien berücksichtigen, müßte man andererseits einen daraus resultierenden Gewinn in den Fällen mit echtem Betrugsschaden auch als schadenausgleichendes Äquivalent¹ gelten lassen. Mit Recht haben Schröder² und Eser³ darauf hingewiesen, daß hier mittelbare Folgen als Betrugsschäden gewertet werden, die ihre Grundlage nicht mehr in dem Austausch von Leistung und Gegenleistung finden.

Der Bundesgerichtshof setzt sich zudem mit diesem Teil seiner Entscheidungsbegründung auch in Widerspruch zur eigenen Rechtsprechung in der Frage der Stoffgleichheit⁴. Wenn er dieses Erfordernis der Gleichheit zwischen Vorteil und Schaden nicht besonders erörtert, so kann angenommen werden, daß er von der Identität zwischen dem über den Kaufabschluß erstrebten Vorteil des Vertreters und dem daraus resultierenden besonderen wirtschaftlichen Opfer des Käufers ausging und daher keinen Anlaß sah, zu der Frage ausdrücklich Stellung zu nehmen. Da aber die genannten Beurteilungskriterien, die nur als mittelbare Folgen des Kaufabschlusses gewertet werden können, tatsächlich für die Annahme des Betrugsschadens ausschlaggebend sein sollen, fehlt es an dem für die Stoffgleichheit zu fordernden unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Schaden

¹ siehe oben S. 22

² NJW 1962, 722

³ a.a.O. S. 292

⁴ z.B. BGHSt. 6, 116; vgl. ferner oben S. 54 Anm. 1

und dem vom Täuschenden erstrebten Vorteil¹. Die vom Bundesgerichtshof angeführten Kriterien können als Fernwirkungen des Betrugsgeschäftes nicht die "Kehrseite" des vom Täter erstrebten Vorteils sein.

2. Bewertung der Gegenleistung des Arbeitnehmers im Dienstverhältnis

Während beim Kauf als dem weitaus wichtigsten gegenseitigen Vertrag durch dessen Sachbezogenheit immerhin die Möglichkeit einer materiellen Abwägung der ausgetauschten Leistungen besteht und sich der Beurteiler lediglich vor die Frage gestellt sieht, inwieweit er subjektive Interessen dabei anerkennen soll, ergeben sich bei den Vertragsverhältnissen, die eine Dienstleistung zum Gegenstand haben, Schwierigkeiten der Wertung dadurch, daß ihnen neben dem reinen Austausch von Arbeit gegen Lohn noch ein personenrechtliches Element inneohnt, besonders wenn sich der Vertrag nicht auf die Leistung einfacher manueller Dienste beschränkt.

Gegenstand eines Dienstverhältnisses ist in der Regel nicht nur die Dienstleistung als solche, sondern eine nach Grad und Intensität verschiedene Verpflichtung beider Parteien zu wechselseitiger Verbundenheit.

Daraus erwachsen dem Arbeitnehmer Pflichten, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, seine Anstellung mitunter sowohl von einer bestimmten Vorbildung als auch von charakterlicher Eignung abhängig zu machen.

Es wurde bereits darauf hingewiesen², daß sich die besondere Problematik des "Anstellungsbetruges" dort ergibt, wo die Leistung des Dienstverpflichteten den Anforderungen genüge, er aber über Vorbildung, berufliche Bewährung oder Vorleben, kriminelle oder politische Vergangenheit usw, falsche Angaben gemacht hatte, deren rechtzeitige Aufdeckung den Dienstherrn veranlaßt haben würde, den Dienstvertrag überhaupt nicht oder nicht zu den vereinbarten Bedingungen abzuschließen. Bei der Ermittlung des Betrugsschadens stellt sich die Frage, ob bzw.

¹ so auch: Eser a.a.O. S. 292; Schröder NJW 1962, 722

² siehe oben S. 35 ff und 45 ff

innerhalb welcher Grenzen diese Gesichtspunkte fachlicher oder persönlicher Eignung einer materiellen Wertung fähig sind. Kann man bei sonst zufriedenstellender Arbeitsleistung mangelhafte fachliche Vorkenntnisse und Erfahrungen oder ungenügende charakterliche Qualifikation für die Annahme eines wirtschaftlichen Minderwertes im Vermögen des Dienstherrn ausreichen lassen? Während es durchaus naheliegend ist, daß die fehlende berufliche Vorbildung oder Bewährung eines Dienstverpflichteten unmittelbare schädliche Auswirkungen auf Qualität und Umfang der Arbeit haben kann, die von dem Angestellten im Rahmen des Vertrages noch zu erwarten sein wird, und insofern schon eine das gegenwärtige Vermögen des Dienstherrn mindernde Gefährdung eintritt, bietet ein Fehlen charakterlicher Qualitäten jedenfalls auf den ersten Blick keinen Anhaltspunkt zu materieller Wertung. Persönliche Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit erscheinen als inkommensurable Größen, die sich ihrem Wesen nach einem wirtschaftlichen Wertvergleich entziehen. Grundsätzlich wirkt sich der Mangel an solchen Persönlichkeitswerten auf die Brauchbarkeit der gewährten Dienste nicht aus. Kann aber die gebotene ökonomische Auffassung vom Vermögensbegriff des Strafrechts an der Tatsache vorübergehen, daß diese Eigenschaften für bestimmte, meist leitende Stellungen vom Dienstherrn nicht nur allgemein erwartet, sondern speziell gefordert und entsprechend höher vergütet werden? Es ist unbestritten, daß auch Charaktereigenschaften einen zusätzlichen materiellen Wert auf dem Arbeitsmarkt erzielen, der für die strafrechtliche Beurteilung des Vermögensschadens nicht unberücksichtigt bleiben kann.

Die angeschnittene Problematik des Anstellungsbetruges erfährt in der Rechtsprechung¹ eine unterschiedliche Behandlung, die sich danach richtet, ob vom Täuschenden der Abschluß eines Privatdienstvertrages oder die Einstellung als Beamter erlangt worden ist. Diese Differenzierung soll zunächst ungeachtet der Frage, inwieweit es berechtigt und geboten ist, hier einen Unterschied zwischen Privatdienst und Öffentlichem Dienst zu machen, eingehalten werden.

¹ siehe oben S. 45

a) Privatdienstverhältnis

Rechtsprechung und Lehre stimmen in der Begründung des Betrugsschadens beim Privatdienstvertrag noch weitgehend überein¹, indem sie die Effektivleistungen des Arbeitnehmers entscheidend berücksichtigen. Grundsätzlich wird nur dann ein Schaden angenommen, wenn der rein wirtschaftliche Vergleich zwischen den vom Dienstherrn übernommenen geldlichen Verpflichtungen und den vom Arbeitnehmer zugesagten und geleisteten Diensten einen Minderwert der Dienstleistung gegenüber der Lohnzahlung ergibt. Dieser Grundsatz wird auch durch BGHSt 17,254² nicht durchbrochen, sondern lediglich modifiziert. Der Bundesgerichtshof nimmt zu Recht einen Schaden des Dienstherrn an, wenn mit einiger Sicherheit zu erwarten ist, daß der Dienstverpflichtete wegen ungenügender Vorbildung die Anforderungen des Dienstvertrags nicht wird erfüllen können, selbst wenn die Arbeitsleistung zunächst genügt hatte. Diese Auffassung ist mit der materiellen Betrachtungsweise durchaus vereinbar. Auch bei einer Kaufsache kann ein Qualitätsmangel mitunter erst festgestellt werden, nachdem diese einige Zeit bestimmungsgemäß gebraucht worden ist. Gerade bei kurzer Dauer eines Arbeitsverhältnisses spricht nichts dagegen, über die Effektivleistung hinaus auch auf das "allgemeine Leistungsvermögen" des Arbeitnehmers abzustellen und dieses mit den Anforderungen zu vergleichen, die nach dem Dienstvertrag gestellt werden können. Es erscheint zulässig und angemessen, zur Feststellung eines Betrugsschadens das "allgemeine Leistungsvermögen" speziell bei den Berufen in der Prüfung einzubeziehen, für deren Ausübung eine akademische oder eine qualifizierte technisch-handwerkliche oder eine besondere kaufmännische Vorbildung als notwendige Voraussetzung gilt.

Danach wird man das von Haupt³ genannte Beispiel der vorüber-

¹ Schönke-Schröder Anm. VII 2 (S.1030) zu § 263; Kohlrausch-Lange Anm. V 2 d zu § 263; Maurach BT S.290; Bockelmann JZ 1958, 165; Diekhoff, Der Betrieb 1961, 1487; Gutmann a.a.O. S. 3.; Martin Anm. zu LM Nr. 60, § 263; BGH NJW 1961, 2027; BGHSt 17,254; vgl. ferner oben S.64; a.A.Haupt NJW 1958, 938 und Oppe NJW 1958, 1909, die eine Anwendung der für die Amtserheleichung erweiterten Schadensgrundsätze auf die Privatwirtschaft befürworten

² siehe oben S.4

³ NJW 1958, 940

gehenden Ausübung ärztlicher Tätigkeit durch einen Nichtmediziner ebenso wie ähnliche Fälle in befriedigender Weise als Betrug lösen können, ohne von der wirtschaftlichen Vermögensauffassung abweichen zu müssen. Der durch einwandfreie Arbeitsleistung eintretende faktische Wertausgleich muß aber im Hinblick auf die erforderliche natürliche Beurteilung wirtschaftlicher Vorgänge für die Ablehnung eines Betrugsschadens grundsätzlich dort ausschlaggebend bleiben, wo das Arbeitsverhältnis lange Zeit bestanden hat und Leistung wie Gegenleistung abgeschlossen in der Vergangenheit liegen. Wurde in einem solchen Fall eine qualifizierte Vorbildung der beschriebenen Art vorgetäuscht, so spricht viel für die Ablehnung des Betrugsschadens, denn die fragliche Tätigkeit konnte ja tatsächlich ohne die Vorbildung befriedigend ausgeübt werden. Es müßte als eine gekünstelte Konstruktion empfunden werden, wollte man hier den Betrugsschaden nachträglich noch unter dem Gesichtspunkt des Eingehungsbetruges bejahen¹. Die Qualität der Dienstleistung selbst ist nach übereinstimmender Auffassung² für die Feststellung des Schadens bei der Erschleichung einer Anstellung auf Privatdienstvertrag nur dann nicht von der allein maßgeblichen Bedeutung, wenn die Stellung des Dienstverpflichteten besondere Vertrauenswürdigkeit oder Zuverlässigkeit fordert, und die Bezahlung mit Rücksicht auf diese Persönlichkeitswerte besonders hoch festgesetzt worden ist. Im Hinblick auf die Feststellung³, daß für bestimmte Dienstleistungen auch den Charaktereigenschaften auf dem Arbeitsmarkt ein wirtschaftlicher Wert beigemessen wird, lassen sich Persönlichkeitsmängel der genannten Art mit der herrschenden ökonomischen Lehre vom strafrechtlichen Vermögensbegriff erfassen, soweit ihnen eine tatsächlich für das jeweilige Dienstverhältnis wesentliche und anerkennenswerte Funktion zukommt. Ist das Verlangen berechtigt, daß etwa ein

¹ vgl. Kohlrausch-Lange Anm. V 2 d zu § 263

² Jagusch LK Vorbem. III 4 i. zu § 249; Schönke-Schröder Anm. VII 2 e zu § 263; Kohlrausch-Lange Anm. V 2 d zu § 263; Welzel Lb S. 317; Maurach BT S. 290; Bockelmann JZ 1952, 465 u. Strafrechtliche Untersuchungen S. 239; Gutmann a.a.O. S. 96 Fn. 57; Diekhoff a.a.O. S. 1487; BGH LM Nr. 60 zu § 263 mit Anm. Martin; BGHSt NJW 1961, 2027; OLG Celle MDR 1960, 697; RGSt 73, 268 mit Anm. Mezger ZAKDR 1939, 649

³ siehe oben S. 102

leitender kaufmännischer Angestellter oder der Kassierer einer Bank nicht nur fachlich tüchtig, sondern auch keinem Zweifel an seiner persönlichen Zuverlässigkeit ausgesetzt sei, dann wird das Vermögen des Dienstherrn verletzt, wenn der Angestellte sich ungeachtet seiner befriedigenden Arbeitsleistung als vertrauensunwürdig erweist, da er wegen Untreue oder anderer Vermögensdelikte vorbestraft ist und dies bei seiner Einstellung verschwiegen hatte, denn es wurde ihm eine Eigenschaft besonders vergütet, die er nicht besaß.

Die Kriterien für die Feststellung eines Vermögensschadens wegen Unzuverlässigkeit oder Vertrauensunwürdigkeit des Arbeitnehmers lassen sich aber nicht allgemein gültig aufstellen. Allein die Tatsache einer Vorstrafe genügt noch nicht für die Annahme eines solchen Persönlichkeitsmangels. Sowohl der Grund der Strafe als auch die seit der Begehung des bestraften Delikts verflossene Zeit spielen unter Umständen ebenso eine Rolle wie die Art der für den Bewerber vorgesehenen Vertrauensstellung.

Bedenklich erscheint der Weg der Judikatur¹, den Betrugsschaden des Dienstherrn in solchen Fällen bereits dann zu bejahen, wenn ein Bewerber mit krimineller Vergangenheit durch die Art seiner Verwendung die bloß tatsächliche Verfügungsmöglichkeit über fremde Vermögenswerte erlangte. Abgesehen davon, daß sie mit der Möglichkeit eines solchen Zugriffs die Vermutung einer Gefahr für das Vermögen zum Nachweis des Vermögensschadens ausreichen läßt², macht ein Vergleich mit dem kriminologischen Begriff des Trickdiebstahls klar, daß die Beschaffung einer tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit auf Vermögenswerte nicht der vom Betrüger erstrebten Bereicherung entspricht. Mit Recht weist v. Weber³ darauf hin, daß erst durch den Zugriff selbst, der nach dem Untreue, Unterschlagung oder Betrug sein könnte und als solcher im Begehungsfalle auch bestraft werde, die Verbesserung der Vermögenslage des Angestellten eintrete. Niemand denke dann noch daran, wegen Anstellungs-

¹ OLG Celle SJZ 1947, 212; neuerdings BGHSt 17, 254

² Kohlrausch-Lange Anm. V 2 d zu § 263

³ Anm. zu OLG Celle SJZ 1947, 214

betruges zu bestrafen¹.

Alle übrigen Gründe, wie politische Belastung, unrühmliches, unsolides Vorleben, ungeordnete persönliche bzw. familiäre Verhältnisse, werden bei konkreter Würdigung des Einzelfalles nur ganz ausnahmsweise einmal in ihrer Auswirkung als Persönlichkeitsmangel zur ausschließlichen Begründung eines Vermögensschadens des Dienstherrn ausreichen.

Die Tatsache schließlich, daß ein zunächst Vertrauensunwürdiger lange Zeit die erschlissene Vertrauensposition innegehabt hatte, ohne daß seine Arbeitsleistung oder sein sonstiges Verhalten zu Beanstandungen Anlaß gegeben hätte, kann auch gegen die Annahme eines Vermögensschadens des Dienstherrn sprechen. Da Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit eines Menschen nicht zweifelsfrei zu beurteilen sind, wird man die Bedeutung des Faktischen nicht völlig außer acht lassen können², sondern zugestehen müssen, daß man sich Vertrauen auch durch langjährige einwandfreie Führung "verdienen" kann.

b) Beamtenverhältnis

Im Rahmen des Überblicks über die Auffassung und Entwicklung der Rechtsprechung zum Vermögensbegriff des Strafrechts wurde festgestellt³, daß sowohl das Reichsgericht als auch die neuere Judikatur für die Prüfung des Betruges durch Amterschleichung besondere Grundsätze verwenden. Die Rechtfertigung dieser Sonderbehandlung des Beamtenverhältnisses leitet man aus dessen Eigenart her. Es habe seinen Schwerpunkt in einer gegenseitigen Treuepflicht und beschränke sich daher nicht nur auf die Leistung von Arbeit gegen Entgelt. Während der Beamte verpflichtet sei, sich und seine Arbeitskraft dem Dienstherrn zu widmen, übernehme dieser die Pflicht zu umfassender Fürsorge, der er durch Gewährung von Dienstbezügen nur zum Teil genüge. Der Staat könne aber dann auch mittels

¹ vgl. auch Kohlrausch-Lange Anm. V 2 d zu § 263; kritisch ferner Martin Anm. zu BGH IM Nr. 60 § 263

² a.A. Kohlrausch-Lange Anm. V 2 d zu § 263

³ siehe oben S.35 ff und 45 ff

seiner Einstellungs- und Besoldungsvorschriften bestimmen, von welchen Voraussetzungen er die Übertragung eines Amtes abhängig machen wolle und jeden als für das Amt nicht geeignet behandeln, der die Bedingungen nicht erfüllt¹.

Sobald der öffentlich-rechtliche Dienstherr die beamtenrechtliche Fürsorge für einen aus persönlichen oder fachlichen Gründen untauglichen Bewerber übernehme, gewähre er Gegenleistungen, ohne diese zu schulden und werde daher ungeachtet des objektiven Wertes der Dienste an seinem Vermögen beschädigt².

Weite Kreise der Rechtslehre halten diese Auffassung der Praxis für bedenklich, da sie mit der wirtschaftlichen Lehre vom Vermögensbegriff nicht vereinbar, vielmehr einen Rückgriff auf die unzulässige Subjektivierung bedeute und darüber hinaus geeignet sei, auch solche Fälle als Betrug zu strafen, die dessen materiellen Gehalt als Vermögensdelikt unberührt lassen³.

Es wird mit gutem Grund daran gezweifelt, ob der von der Rechtsprechung betonte Wesensunterschied zwischen Beamtenverhältnis und Privatdienstverhältnis überhaupt innerhalb der vermögensrechtlichen Sphäre besteht und, wenn ja, ob seine Auswirkungen die Ergebnisse der Praxis tragen.

Die Treuepflicht ist im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis allerdings gegenüber den aus dem allgemeinen Arbeitsvertrag erwachsenden Verpflichtungen zu gegenseitiger Verbundenheit besonders stark ausgeprägt. Das folgt aus der Sonderstellung des Beamtentums im Dienste des Staates. Die umfassen-

¹ BGHSt 5,360

² BGH GA 1956,121; OGHSt 2,82; Sarstedt JR 1952,308; Haupt NJW 1958,938; Oppe NJW 1958,1909; Nagler LK 6./7. Aufl. Vorbem. III 2 b vor § 249 (S. 359); Gutmann a.a.O. S. 96 mit teils unterschiedlicher Begründung

³ so Schönke-Schröder Anm. VII 2 f zu § 263; Jagusch LK Vorbem III 4 i vor § 249(S.384),Kohlrausch-Lange Anm. V 2 d zu §263 Maurach BT S. 290; Welzel Lb. S. 316; Diekhoff,Der Betrieb 1961,1487; v.Weber SJZ 1947,214;zweifelnd ferner: Schwarz Anm. 5 B b zu § 263; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Anm. 7 f zu § 263; Eser a.a.O. S. 299 Fn 61; Dallinger MDR 1958,564;Bockelmann Kohlrausch-Festschrift S. 250,dagegen derselbe weitgehend im Sinne der Judikatur in JZ 1952,461 ff,465 und Strafrechtliche Untersuchungen 229 ff,239

de Natur des Dienst- und Treueverhältnisses des Beamten zu seinem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn läßt es auch als zwingend notwendig erscheinen, durch Laufbahn- und Besoldungsvorschriften die Voraussetzungen für eine geeignete Auswahl der Stellenbewerber zu schaffen. Die Anforderungen können sich dabei nicht nur auf fachliche Qualifikation beschränken, sondern müssen eine weitestmögliche Gewähr dafür bieten, daß der Bewerber auch seinem Charakter und seiner Persönlichkeit nach für die Übernahme des öffentlichen Amtes taugt. Erschleicht sich ein mehrfach Vorbestrafter durch Verschweigen seiner kriminellen Vergangenheit eine Stelle als Beamter, so leiden Autorität und Ansehen des Staates ganz erheblich, aber völlig unabhängig davon, ob die Arbeitsleistungen des Eingestellten den Anforderungen genügten. Entsteht jedoch hieraus dem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn auch in jedem Falle eine Vermögensbeschädigung? Die Beurteilung dieser Frage zwingt doch dazu, die wirtschaftlich schädliche Auswirkung im Einzelfall zu prüfen, wie das nach den Grundsätzen der herrschenden Lehre zum Nachweis des objektiven Tatbestandes des Betruges auch bei jedem anderen Sachverhalt erforderlich ist. Die Arbeitsleistung selbst kann hierbei in der Regel ebenso wenig außer Betracht bleiben wie die Laufbahn, in die der Bewerber eingestuft und die Funktion, die ihm übertragen worden ist. Bei jeweils befriedigender Effektivleistung kann es doch nicht völlig unerheblich sein, ob die verantwortungsvolle Beamtenstelle eines Verwaltungsjuristen oder die eines Amtsgehilfen von einem Bewerber erschlichen worden ist. Die den Anforderungen vollauf genügende Dienstleistung des Amtsgehilfen schafft im vermögensrechtlichen Bereich sicher den Ausgleich für die ihm im Rahmen der staatlichen Fürsorge gewährten Bezüge, selbst wenn er die persönliche Qualifikation zur Einstellung nicht besaß. Der Bundesgerichtshof räumte ja ein¹, daß die Bezüge als eine Art Gegenleistung für die Dienste des Beamten anzusehen seien. Wenn für deren Höhe auch soziale Gesichtspunkte maßgeblich sind, die mit dem objektiven Wert der Dienste nicht zusammenhängen, so unterscheidet sich dies nicht wesentlich vom Privatdienstverhältnis, wo die Höhe tariflicher Vergütung ja

¹ BGHSt 5, 358, 360

auch durch solche Aspekte mitbestimmt wird und spielt im übrigen bei der Prüfung des Betrugsstatbestandes erst dann eine Rolle, wenn durch Täuschung über Dienstzeit oder Familienstand eine höhere Vergütung erschlichen worden ist, die als solche wegen ihrer Unabhängigkeit von der Qualifikation des Beamten auch nicht durch Arbeitsleistung ausgeglichen werden kann¹.

Mit der Bewertung fehlender Vorbildung oder beruflicher Bewährung verhält es sich ebenso wie mit der betrugsrechtlichen Beurteilung von Persönlichkeitsmängeln. Auch hier wird man die Effektivleistung als möglichen Ausgleichsfaktor berücksichtigen müssen und nicht in jedem Falle eines vorgetäuschten fachlichen Befähigungsnachweises automatisch den Betrugsschaden des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn annehmen können. Das Laufbahnrecht² sieht zwar für die Eingangsstufen den Nachweis der Befähigung durch Schulbildung, Studium und Fachprüfung vor, um eine gewisse Gewähr für die fachliche Eignung des Bewerbers zu geben. Daneben erfolgt aber die besoldungsrechtliche Eingruppierung auch nach der sogenannten Dienstpostenbewertung, d.h. nach dem Maß der Verantwortung und dem Schwierigkeitsgrad der auszuübenden Funktion. Die Höhe des Beamtengehaltes hängt also im Regelfall sowohl von der vorgeschriebenen Ausbildung als auch von der Dienststellung ab, die der Bewerber erlangt. Das sind aber Kriterien, wie sie in ähnlicher Weise für die Bezahlung nach Privatsdienstvertrag gelten³, wenn auch dort die Einstellungsvoraussetzungen sowie Laufbahn und Vergütungsnormen im allgemeinen nicht so starr festgelegt sind. Es ist daher nicht einzusehen, daß hier der fehlende Nachweis beruflicher Qualifikation nicht durch einwandfreie Erfüllung der Amtspflichten wirtschaftlich - nur das interessiert hier - ausgleichbar sein soll.

Ein sich im vermögensrechtlichen Bereich auswirkender Wesensunterschied zwischen Öffentlichem Dienst und Privatsdienst,

¹ vgl. Diekhoff a.a.O. S. 1487

² vgl. Bundeslaufbahnverordnung v. 31.7.1956

³ siehe oben S. 103 ff

wie er von der Rechtsprechung zur Bestrafung der Amtser-schleichung als Betrug behauptet wird, läßt sich demnach nicht ermitteln. Das gleiche Verfahren der individuell-ob- jektiven Schadensfeststellung, wie es bei der Beurteilung des Anstellungsbetruges im Privatdienstverhältnis in weit - gehender Übereinstimmung bejaht wird¹, sollte daher auch beim Beamtenverhältnis Anwendung finden².

Es mutet willkürlich an, wenn man im äußerlichen Einklang mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu dem Ergeb nis gelangt, der Staat sei bereits durch die unerwünschte Ein- stellung geschädigt, da die Dienstleistung eines unwürdigen Beamten für ihn im Gegensatz zum privaten Dienstherrn über- haupt keinen "Wert" oder "Preis" habe.

Ist dem Staat durch die Erschwindelung der Beamtenstelle kein meßbarer Vermögensschaden verursacht worden, so entfällt die Möglichkeit einer Bestrafung wegen Betruges. Die Tatsache allein, daß der Staat öffentliche Mittel durch Zahlung von Bezügen an einen unwürdigen Beamten fehlleitet, kann dieses Ergebnis nicht beeinträchtigen, da dem Staat als Vermögens- träger durch § 263 StGB kein besonderer Schutz gewährt wird.

Wenn besonders die Judikatur in der erörterten Weise den Betrugsschaden konstruiert hat, so geschah dies in dem ver- ständlichen, aber aus rechtsdogmatischen Gründen nicht reali- sierbaren Bestreben, eine deutlich empfundene Gesetzeslücke auszufüllen, deren Beseitigung durch Aufnahme eines besonde- ren Tatbestandes³ der Amterschleichung mehrfach gefordert worden ist und de lege ferenda⁴ wohl auch erfolgen wird.

¹ siehe oben S.103 mit Fn. 1

² ebenda Thonke-Schröder Anm. VII 2 f zu § 263; Kohlrausch- Lange Anm. V 2 d zu § 263; Jagusch LK Vorbem.III 4 i (S.384) vor § 263; Maurach BT S. 290; Welzel Lb. S. 316; Diekhoff a.a.O. S. 1487; v.Weber SJZ 1947,214; vgl. ferner BT-Druck- sache IV/650 S. 658 zu § 468 E 1962; a.A. die gesamte Judi- katur, siehe oben S. 35 ff und 45 ff; ferner Haupt NJW 1958, 923 und Oppe NJW 1958,1909, die ebenfalls Gleichbehandlung fordern, aber unter Zugrundelegung der Rechtsprechung zur Amterschleichung

³ vgl. § 139 E 1922, § 146 E 1927 und § 370 E 1936; ferner v. Weber SJZ 1947, 214; Diekhoff a.a.O. S. 1487; Kohlrausch- Lange Anm. V 2 d zu § 263; Jagusch LK Vorbem.III 4 i vor § 263, Schwarz Anm. 5 B b zu § 263

⁴ § 468 E 1962 und BT-Drucksache IV/650 S. 422 und 658

E Schlußbetrachtung

Die rein wirtschaftliche Auslegung des strafrechtlichen Vermögensbegriffs, welche gerade für die untersuchten Fälle des Leistungsaustauschs häufig zur Ablehnung des Betrugsstatbestandes gelangte, dürfte, gemessen an dem einleitend aufgezeigten Streben der Praxis um eine Ausdehnung der Betrugsstrafe, wenig Gegenliebe finden. Man schätzt die aus der vermeintlichen Unbestimmtheit des Tatbestandes¹ hergeleitete Anpassungsfähigkeit des Betrugers an die verschiedenartigsten Erscheinungsformen anrühenden Bereicherungsstrebens und möchte diese Strafvorschrift eher noch anpassungsfähiger ausgestaltet sehen. Umso unverständlicher mag man es finden, daß die Forderung einer restriktiven Interpretation zudem noch aus den eigenen Reihen der Praxis kommt. Der Verfasser hegt jedoch gerade im Hinblick auf seine Erfahrungen in der Bearbeitung der Betrugsriminalität die bereits ausgesprochenen Bedenken gegen eine Ausweitung dieser Vorschrift. Es drängt sich die Frage auf, ob das Mittel der Betrugsstrafe nicht durch eine allzu häufige Anwendung abstumpft². Erfast man in einem ausgeweiteten Tatbestand sowohl Fälle mit echtem, kriminellen Unrechtsgehalt als auch solche, die die sozialetische Grundordnung nur unerheblich berühren, so trübt man die Vorstellung vom Ausnahmegehalt der Straftat.

Zudem wird sich der Perfektionismus in Gestalt eines lückenlosen Strafrechtssystems bei noch so umfassender und sorgfältiger Tatbestandsumschreibung gerade im Bereich des Vermögensstrafrechts kaum erreichen lassen, da immer wieder neue Varianten anstößiger Bereicherung abgestufte gesetzliche Reaktionen fordern³. Die Lösung dieser Problematik hat im übrigen auch eine unmittelbare Auswirkung auf die Intensität der Strafverfolgung, der allerdings im Rahmen dieser Unter-

¹ Hellmuth Mayer Mat. 1. Bd. S. 259 ff, 260.

² Peters, Eb.-Schmidt-Festschrift 1961, 488 ff; H. Mayer a.a.O. S. 260, 261

³ vgl. Peters a.a.O. S. 488 ff, 494; Maurach NJW 1961, 625 ff, 630; Mittelbach JR 1961, 69; H. Mayer Mat. 1. Bd. S. 333 ff, 338, der es als eine Verkenning des Wesens des Strafrechts bezeichnet, dem privatrechtlichen System des Schutzes der Vermögensinteressen einen ebenso lückenlosen strafrechtlichen Vermögensschutz zur Seite zu stellen

suchung kein entscheidendes Gewicht zukommen kann. Mit der Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Betruges entsteht besonders im Bereich der sogenannten kleinen Kriminalität eine Mehrbeanspruchung der Strafverfolgungsorgane, die immer wieder zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche mißbraucht werden. Diese Stellen sind aber heute schon kaum in der Lage, die speziell im Sektor der Wirtschaftskriminalität bekanntwerdenden umfangreichen und komplizierten Betrugsvorgänge aufzugreifen und zu klären. Es hat mitunter den Anschein, als habe mancher wirkliche Betrüger diese Schwäche bereits erkannt und lebe davon¹.

Daneben trägt auch das nicht selten unangemessen niedrige Strafmaß dazu bei, daß hier echtes Kriminalunrecht verwässert und schließlich als "Kavaliersdelikt" empfunden wird.

Aus allen diesen Gründen sollte man aber selbst in Zeiten mit einer recht laxen Geschäftsmoral und einer nur ver-schwommenen Vorstellung von Treu und Glauben mit der Therapie nicht durch eine Ausdehnung der Betrugsstrafe ansetzen. Der Betrug ist nun einmal als Vermögensdelikt ausgestaltet und in Verbindung mit der wirtschaftlichen Lehre vom strafrechtlichen Vermögensbegriff in seinen Anwendungsmöglichkeiten einigermaßen überschaubar und völlig zu Recht begrenzt; er ist kein "Mädchen für alles". Die aus den verschiedenen Blickrichtungen angestellte Untersuchung des strafrechtlichen Vermögensbegriffs hat gezeigt, daß es notwendig ist, den Betrugstatbestand auf Fälle mit abaren wirtschaftlichen Schadens zu beschränken, selbst wenn dies nur unter Verzicht auf die Erfassung einiger strafwürdiger Verhaltensweisen möglich sein sollte. Die Begründung des Vermögensschadens hat einer Prüfung nach allgemeinen rechtstheoretischen Grundsätzen stand-zuhalten und darf daher nicht von der im Einzelfall aus kriminalpolitischen Motiven wünschenswerten Entscheidung bestimmt werden².

¹ siehe oben S. 56; Ähnlich Peters a.a.O. S. 489

² vgl. Bockelmann NJW 1961, 1234; H. Mayer Mat. 1. Bd. S. 273

Gleichen sich auch die Resultate, die nach den einzelnen in ihrer Anwendung oft nur geringfügig differierenden Vermögensauffassungen erzielt werden, weitgehend¹, so ist es doch aus Gründen der Rechtssicherheit zwingend notwendig eine einwandfreie rechtstheoretische Basis zu finden und zu wahren. Der Richter darf sich nicht nur auf die formale Beobachtung des individuell-wirtschaftlichen Verfahrens der Schadensermittlung beschränken, sondern muß vielmehr auf die materielle Vereinbarkeit seiner Entscheidung mit den ökonomischen Grundsätzen achten. Nur auf diese Weise wird ein Einfluß sachfremder Zweckerwägungen auf die Dauer vermieden.

Es ist grundsätzlich Aufgabe der Gesetzgebung, Verhaltensweisen, die die sozialetische Grundordnung in einem strafwürdigen Ausmaß stören, durch Schaffung neuer oder Änderung bestehender Strafnormen zu poenalisieren, soweit das geltende Strafrecht ihre Ahndung nicht zuläßt².

Die teilweise Unsicherheit, Uneinheitlichkeit und Widersprüchlichkeit der betrugsrechtlichen Praxis zeigt deutlich, daß es verfehlt ist, vermeintliche Lücken von Fall zu Fall zu schließen.

Mit Recht erhebt die Lehre in verstärktem Maße den Vorwurf, die Praxis entmaterialisiere, subjektiviere und verflüchtige den Betrugstatbestand und laufe dadurch Gefahr, ihn aus dem Geleis der Vermögensdelikte hinauszudrängen³.

Es ist an der Zeit, diesen Gefahren zu begegnen⁴ und § 263 StGB nur noch dort anzuwenden, wo es nach seiner Funktion zum Schutz gegen Angriffe auf den Vermögensbestand geboten ist.

¹ Maurach BT S. 284

² vgl. Maurach NJW 1961, 625 ff, 630; Hardwig a.a.O. S. 9

³ Maurach BT S. 289-291; Schönke-Schröder Anm. VII 2 f zu § 263; Gutmann a.a.O. S. 92; Kohlrausch-Lange Anm. V 2 d zu § 263; Hardwig a.a.O. S. 9; Diekhoff a.a.O. S. 1487

⁴ der Gesetzgebung ist durch die §§ 468, 469 E 1962 der Weg zur Lösung eines Teils der betrugsrechtlichen Problematik geöffnet

Lebenslauf

Am 13. September 1929 wurde ich als Sohn des Beamten Albert Gemmer und seiner Ehefrau Dorothea geb. Staude in Wiesbaden geboren, wo ich ab Ostern 1935 zunächst vier Jahre die Grundschule und dann das Realgymnasium bis zur Reifeprüfung am 22. März 1948 besuchte.

Am 15. Mai 1948 trat ich in den Dienst der Kriminalpolizei ein. Beim Hessischen Landeskriminalamt in Wiesbaden leite ich heute als Kriminalhauptkommissar eine zentrale Ermittlungsabteilung zur Bearbeitung von Wirtschaftskriminalität.

Vom Wintersemester 1958/59 bis zum Sommersemester 1962 studierte ich Rechtswissenschaften an der Johannes Gutenberg - Universität in Mainz. Am 17. August 1962 legte ich vor dem Justizprüfungsamt in Mainz das Referendarexamen ab. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 25. Mai 1964.

